CHAPITRE 11

LE NÉCESSAIRE RENFORCEMENT DES CONTRÔLES

Doté de moyens d'investigation importants, bénéficiant parfois de prérogatives particulières (en particulier, en ce qui concerne le recours aux interceptions de sécurité) et largement couverts par le secret de défense, les services de sécurité et de contre-espionnage ne sont pourtant pas soumis à des contrôles serrés et efficaces. Outre l'absence d'une véritable structure d'orientation et de coordination au niveau gouvernemental, ces services peuvent facilement s'abriter derrière le recours au secret de défense pour éviter les modalités de contrôle classiques. En l'absence d'un véritable contrôle par la justice, les quelques dispositifs mettant en œuvre des autorités administratives indépendantes ne remplaceront pas l'institution de véritables instruments de contrôle, comme au niveau parlementaire où une majorité paraît se rallier désormais à la mise en place d'un dispositif de contrôle parlementaire sur le renseignement.

L'ABSENCE DE CONTRÔLE DIRECT PAR LA JUSTICE

Le juge pénal et le juge administratif paraissent assez désarmés face aux dossiers touchant la sécurité nationale. En effet, leurs jurisprudences respectives limitent considérablement leurs possibilités d'action dès lors que – nous l'avons vu – le secret de défense est en cause.

La relative impuissance du juge pénal

La relative impuissance du juge pénal devant les activités couvertes par le secret de défense et, en particulier, celles relevant du contre-espionnage, se traduit par une double restriction. D'une part, bien que théoriquement souverain pour apprécier la consistance du secret dont il a la charge de réprimer les atteintes, le juge ne peut généralement pas en prendre connaissance et doit se contenter de suivre l'avis formulé par l'administration; et d'autre part, lorsque le secret lui est opposé dans ses investigations, le juge ne peut pas surmonter cette obstruction.

Une liberté d'appréciation fictive

L'affirmation de la souveraine appréciation du juge est ancienne. Dès 1891, soit cinq années après la réforme déterminante de 1886 (cf. *supra*, II[e] Partie), la Chambre criminelle de la Cour de Cassation estimait déjà :

> *« que la seule condition de* [l'application de la loi] *est que les documents communiqués au public soient bien des documents secrets et intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'État, et que c'est au juge du fait qu'il appartient d'apprécier souverainement ce caractère. »* [1]

Pour autant, si le juge pénal possède bien, par principe, un pouvoir souverain de qualification du caractère secret d'une information, il ne peut exiger que l'autorité gouvernementale le laisse accéder au contenu même de cette information. Là est toute l'ambiguïté et la limite de son rôle de contrôle juridictionnel dans les affaires de contre-espionnage et sur les matières couvertes par le secret de défense

Il faut distinguer, en effet deux cas de figure distincts. Dans le premier, l'information qui devait rester secrète a été diffusée dans le public et le juge est appelé à sanctionner cette divulgation illicite. Le juge a alors connaissance – comme tout un chacun – du contenu de l'information concernée et peut établir souverainement sa propre appréciation de son caractère antérieurement secret. Ce cas de figure ne pose pas de problèmes particuliers, mais il n'est pas le plus fréquent ni le plus important (puisqu'il ne concerne guère que les cas de violation du secret par des organes de presse).

Plus grave en revanche et plus délicat est le cas de la compromission d'un secret par un agent – volontaire ou involontaire – d'une organisation clandestine. Dans cette situation, le secret qui a été violé (ou qui a fait l'objet d'une tentative en ce sens) n'est pas rendu public et le juge ne peut y avoir accès qu'à l'initiative de l'administration. En toute logique, cet accès du juge pénal à l'objet même de l'infraction devrait être systématique puisque (comme l'indiquait le commissaire du gouvernement Grévisse, devant le Conseil d'État en 1955), *« il existe naturellement des juridictions qui peuvent recevoir communication de secrets de la défense nationale, ce sont les juridictions chargées de punir ceux qui les ont divulgués. La connaissance des documents diffusés est nécessaire à ces juridictions pour constater l'infraction, pour lui donner sa qualification juridique. C'est, d'ailleurs, pourquoi l'article 78-4° du Code pénal tient pour secrets de la défense nationale les débats devant ces juridictions »* [2].

C'est pourtant là que, fréquemment, l'autorité administrative refuse de donner au juge cet accès, l'obligeant à apprécier la consistance du secret (et donc la réalité de l'infraction commise) sans pouvoir l'examiner.

Le refus de laisser accéder le juge au contenu du secret

L'argument traditionnel pour expliquer ce refus d'accès du juge au secret, réside dans l'existence du principe du contradictoire, qui veut que

---

[1] Cass. Crim., 24 septembre 1891, *Triponé-Turpin*, *D.* 1892.I.175.

[2] Conclusions Grévisse, sous CE, *secrétaire d'État à la Guerre c/Coulon*, 11 mars 1955, *Rec.*, 149; *RDP*, 1955., p. 1007.

chaque pièce prise en compte par le juge soit accessible à toutes les parties (et donc qu'une pièce secrète communiquée au juge le soit aussi à la personne poursuivie, c'est-à-dire à l'espion suspecté). Mais en réalité, chacun comprend que le refus d'accéder au secret vise moins à protéger l'égalité de traitement entre les parties dans le procès pénal qu'à empêcher le juge de substituer son appréciation indépendante et souveraine sur l'existence et la pertinence du secret à celle de l'administration.

Restait, pour autant, à établir juridiquement la possibilité pour le juge pénal de statuer sur la réalité d'une infraction sans avoir pu vérifier la matérialité du secret, qui est pourtant dans certains cas un élément constitutif de l'infraction. C'est ce que la jurisprudence s'est employée à faire admettre à partir d'un arrêt de la Cour de cassation de 1936 qui a admis, indirectement, que l'appréciation par le juge du caractère secret pouvait résulter de circonstances externes, sans qu'il soit nécessaire de le tirer de la nature du document lui-même.

Dans cette affaire qui concernait les poursuites engagées contre un réseau d'agents travaillant pour l'URSS (au rang desquels se trouvait notamment l'espionne Lydia Sthal), les prévenus essayaient de faire casser l'arrêt de Cour d'assises en invoquant notamment *« qu'il ne résulte nullement des énonciations de l'arrêt que, pour affirmer le caractère secret de ces plans, écrits et documents, la cour d'appel les ait examinées, ou même qu'elle ait su réellement de quels plans, de quels écrits et de quels documents il s'agissait »*. La Cour de cassation, sans répondre explicitement sur ce point estima notamment que, même si *« l'arrêt ne fait pas connaître l'objet de ces documents »*, différents éléments (importance des rémunérations versées aux agents, précautions prises, nature technique de certains des documents, ...) sont tels que *« cette circonstance implique l'intérêt que le service d'espionnage attachait aux documents que lui communiquait Dumoulin, et, par suite, leur caractère secret, intéressant la défense nationale »* [3].

Cette même position fut confirmée ultérieurement, en des termes encore plus clairs, par la Cour de sûreté de l'État dans sa décision condamnant Georges Pâques :

> *« Attendu que lesdites autorités sont en droit de refuser de verser au dossier les documents que X est accusé d'avoir divulgués, et de s'en tenir à fournir à la Cour des analyses de ces documents; que si la Cour ne trouve pas dans le dossier, ni dans les débats, les éléments nécessaires à la formation de son intime conviction, il lui appartiendra d'appliquer le principe selon lequel le doute profite à l'accusé, mais qu'il n'est pas indispensable qu'elle examine les documents pour décider de leur caractère secret, cette preuve pouvant résulter d'autres éléments soumis à son appréciation. »* [4]

La liberté souveraine reconnue au juge répressif de qualifier le secret entraîne donc paradoxalement l'impossibilité pour celui-ci de prendre connaissance du secret lui-même, qu'il a pourtant mission d'apprécier. Et

---

[3] Cass. Crim., 7 avril 1936, *Bull.* n° 46.

[4] Cour de sûreté de l'État, 6 juillet 1964 (affaire Georges Pâques), extrait notamment reproduit *in* Jean-Jacques Rodilla, *Protection du secret de défense nationale*, mémoire de DESS de défense nationale, Université de Nice, 1979, annexe n° 3.

ce paradoxe débouche, concrètement, sur la pratique de la demande d'avis au ministre sur l'évaluation du caractère secret des informations en cause. Dans la mesure où l'administration refuse de donner au magistrat l'accès au secret, celui-ci ne peut, en effet, que demander qu'elle lui fournisse des éléments d'évaluation susceptibles d'éclairer son jugement. Mais dès lors, de nouvelles questions se posent concernant le statut juridique de ces avis gouvernementaux : les juridictions sont-elles obligées d'y avoir recours et sont-elles liées par leur teneur ?

Le juge suit généralement l'avis gouvernemental

L'usage de demander à l'administration compétente – ou à l'un de ses agents – un avis sur le caractère secret d'une information est fort ancien. Dans son jugement sur l'affaire *Cooper* en 1892, la Cour d'appel relevait déjà que le caractère secret des documents relatifs à la carabine de cavalerie *« leur a été attribué sans hésitation par le témoin le plus autorisé, entendu au débat, M. le colonel Percin, directeur de la manufacture d'armes de l'État de Saint-Etienne »* [5].

Mais il semble que la demande directe d'avis au Gouvernement ait été systématisée en 1939, par le biais d'une simple instruction administrative accompagnant la réforme des dispositions du Code pénal de juillet 1939. La jurisprudence et la doctrine ont, cependant, nié la valeur juridique de cette prétendue obligation [6]. C'est ainsi, par exemple, que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté en décembre 1967 dans l'affaire *Maucherat*, le pourvoi de l'accusé lequel se fondait notamment sur le fait que le juge l'avait condamné *« sans permettre le contrôle de la Cour de cassation sur le caractère prétendu secret des documents en question, alors que le juge du fond n'a pas décrit ces documents, ni spécifié leur objet, et ne s'est référé, pour en apprécier ledit objet et la portée, à aucune attestation émanant d'une autorité compétente, pour caractériser le secret ou donner au juge les éléments d'appréciation du caractère secret des documents en question. »* [7]

En rejetant l'ensemble du pourvoi, au seul motif que *« l'appréciation des résultats du débat* [sur le caractère secret des documents] *était (...) du domaine souverain du juge du fait »*, la Cour a indirectement confirmé que l'absence de toute attestation émanant de l'autorité administrative n'entachait pas la validité de la décision judiciaire, et donc, *a contrario*, que le recours à un tel avis gouvernemental n'était pas une obligation pour la juridiction de jugement.

Néanmoins, chacun s'accorde à dire que – même non obligatoire – le recours à l'avis gouvernemental est devenu une pratique quasiment

---

[5] Cour d'appel de Lyon, Chambre corr., 3 février 1892, reproduit in R. Mennevée, *L'espionnage international en temps de paix*, Tome II, Paris, chez l'auteur, 1929, p. 460.

[6] Cf. notamment le rapport de synthèse du professeur Vitu, *in* Jacques Leauté (publié par), *Secret militaire et liberté de la presse - étude de droit pénal comparé*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et pénitentiaires de Strasbourg, Presses Universitaires de France, 1957, pp. 18; dans le même sens, *« Ce document* [le rapport accompagnant la réforme de 1939] *n'a pas de force obligatoire, mais la recommandation qu'il a formulée est suivie en fait parce qu'elle consacre un usage »* (note Jean de Soto & Jacques Léauté, sous CE, *secrétaire d'État à la Guerre c/Coulon*, 11 mars 1955, *D.*, 1955, J., p. 558).

[7] Cass. Crim., 6 décembre 1967, Bull. n° 315.

automatique dans tous les dossiers judiciaires touchant le secret de défense. La réponse du Gouvernement français au questionnaire de l'Université de Strasbourg élaborée en vue du colloque de 1955, est claire sur ce point :

> *« Une information ne sera en effet généralement ouverte et les juges ne seront ultérieurement saisis de la question que dans la mesure où le Gouvernement, interrogé par le Parquet ou le magistrat instructeur, aura fait connaître son propre point de vue sur le caractère secret des faits ou renseignements divulgués ou recherchés. »* [8]

Et le rapporteur de l'Assemblée nationale sur le livre IV du nouveau Code pénal, a reconnu, à son tour, que *« en pratique, le juge s'appuie sur l'administration dont l'avis est systématiquement demandé »* [9]. Dès lors donc que le recours à l'avis gouvernemental est devenu systématique, il est encore plus important de savoir si le juge est tenu de se conformer aux conclusions de cet avis que de savoir s'il est obligé d'y recourir.

Sur ce point, une longue jurisprudence reconnaît le caractère non contraignant de l'avis [10], ce qui est logique, dans la mesure où l'affirmation contraire reviendrait à anéantir la liberté d'appréciation reconnue, par principe, au juge. Le Président du Conseil M. Ramadier exprima aussi cette opinion, lors de l'affaire des généraux, lorsqu'il affirma devant le Parlement :

> *« Le juge fait ce que l'on fait toujours en pareil cas : il demande au ministre si le document est réellement couvert par le secret militaire. Le ministre donne son avis personnel : ce n'est ni un acte de juridiction ni une décision; c'est une opinion que le ministre formule conformément à sa conscience. »* [11]

De même, la Cour de sûreté de l'État, dans sa décision précitée, a-t-elle reconnu que *« l'avis des autorités (...) n'(a) que la valeur d'avis techniques qui ne lient pas les juges »* [12].

Pourtant, cette affirmation de l'indépendance du juge par rapport aux conclusions de l'avis gouvernemental résiste mal à la réalité. Plusieurs arrêts de la Chambre criminelle ont, en effet, reconnu que le juge pouvait tirer les éléments de sa conviction du contenu d'une lettre du ministre qualifié pour donner un avis [13]. Mais allant plus loin, l'arrêt rejetant le pourvoi de l'intendant Frogé en 1935, semble même avoir considéré que cette référence à un avis ministériel était suffisante à elle seule pour caractériser l'infraction [14].

---

[8] Cité *in* J. Leauté, *op. cit.*, p. 19.

[9] Rapport sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique, par M. François Colcombet, Tome I, *Assemblée nationale*, neuvième législature, séance du 26 septembre 1991, document n° 2244, p. 78.

[10] Cf. notamment, Cass. Crim., 24 septembre 1891, *D.* 1892.I.175; Cass. Crim., 16 et 23 novembre 1950, *Bull. Crim.* n° 256 et n° 266.

[11] *JORF*, Assemblée nationale, Débats, séance du 8 février 1950, p. 1028.

[12] Cour de sûreté de l'État, 6 juillet 1964, *op. cit.*.

[13] Cass. Crim., 1er mars 1951, Bull. n° 68, p. 122; Cass. Crim., 9 janvier 1962, Bull. n° 21.

[14] La Cour de cassation s'est, en effet, contentée de relever en ce qui concernait leur confidentialité, que *« le caractère secret leur a été expressément reconnu, ainsi qu'aux documents de la quatrième catégorie, par une lettre du ministre de la Guerre, jointe à la procédure »* (Cass. Crim., 11 juillet 1935, *Frogé*, *S.* 37.I.119). Un arrêt ultérieur de 1939 rectifia partiellement la position de la Cour de cassation en précisant que *« la référence à la lettre du ministre de la*

Dans un autre cas célèbre (celui de l'affaire susmentionnée des généraux) où le Gouvernement préféra éviter le scandale en rendant un avis niant – contre toute évidence – le caractère secret du document détourné, le Président Ramadier put dire également que *« j'ai donné l'avis que le document saisi n'était pas couvert par le secret militaire. Cet avis ne liait pas le juge, mais c'était un élément très important de son appréciation : il a entraîné le non-lieu »* [15].

Tout cela montre que, bien que non obligatoire et sans caractère contraignant, le recours à l'avis gouvernemental n'est pas totalement sans effet sur les obligations du juge pénal, et que l'on peut réellement parler, en cette matière, *« d'une dépossession du juge de son pouvoir d'appréciation au profit du ministre »* [16].

Mais cette dépossession paraît encore plus flagrante lorsque le secret de défense n'est pas l'objet de l'infraction, mais simplement un moyen de défense de l'administration pour refuser de laisser un magistrat (généralement, un juge d'instruction) connaître la vérité sur une affaire impliquant des activités secrètes (en particulier, celles qui concernent le renseignement et le contre-espionnage). Dans ce cas, non seulement le juge ne peut accéder aux informations secrètes dont il souhaiterait pouvoir prendre connaissance pour faire avancer son instruction, mais plus encore, la doctrine administrative considère que le juge perdrait même dans ce cas le pouvoir souverain d'appréciation qui lui est (au moins fictivement) reconnu par ailleurs. C'est ce qui ressort, indirectement mais clairement, de la réponse gouvernementale à une question parlementaire :

> *« Les juridictions de l'ordre judiciaire, pour leur part, ne peuvent décider du caractère secret de documents ou d'informations divulgués que dans le cadre de poursuite diligentées du chef d'atteinte à la sûreté de l'État, et ce afin d'être en mesure de se prononcer sur la culpabilité, ce caractère constituant l'un des éléments de l'infraction poursuivie. »* [17]

En d'autres termes, lorsque l'objet du litige est un secret, le juge doit pouvoir juger de la réalité de l'infraction commise et donc apprécier la pertinence de ce secret. En revanche, lorsque le secret n'est invoqué que de manière incidente par l'administration pour empêcher une divulgation qui pourrait résulter des mesures d'instruction ordonnées par un magistrat, celui-ci n'aurait pas la possibilité de discuter et devrait accepter la position de l'administration. Dès lors, toute forme de contrôle juridictionnel, même indirect, de l'usage du secret et des activités clandestines

---

Guerre indique seulement que les juges ont puisé les éléments de leur conviction dans ce document » (Cass. Crim, 3 avril 1939, Bull. n° 82).

[15] *JORF*, Assemblée nationale, Débats, *op. cit.*, p. 1028.

[16] Michel Sénéchal, *Droits politiques et libertés d'expression des officiers des forces armées*, LGDJ, 1964, p. 146 (à propos de l'affaire des généraux). Dans le même sens : *« Sans doute la détermination du secret de la défense revient de droit au juge. Toutefois (...), en pratique, on demande l'avis de l'autorité administrative compétente et pratiquement, les services du Premier ministre ou du ministre de la Défense nationale sont à peu près les maîtres de la qualification. »* (Christian Bidegaray & C. Émeri, « Le contrôle parlementaire, *RDP*, 1973, p. 1694) ; *« Certes, cet avis ne lie pas le juge, il n'est qu'un simple témoignage (...) Néanmoins, dans les faits, la pratique est déterminante »* (F. Colcombet, *op. cit.*, p. 78).

[17] Réponse du Gouvernement à la question écrite n° 25918 du 8 juin 1987 de M. Roland Dumas, *JORF, Assemblée nationale*, 3 août 1987, p. 4450 (cette argumentation reprend, en effet, celle de la Chambre d'accusation de Paris dans son arrêt *Chalier et autres* du 27 mai 1987).

devient impossible, ce qui permet – comme nous l'avons déjà relevé – d'entraver le fonctionnement de la justice dans des dossiers sensibles.

Pour donner un fondement juridique crédible à ce blocage de l'autorité judiciaire dans les domaines couverts par le secret de défense, une jurisprudence de circonstances rendue à l'occasion de diverses affaires scandaleuses (affaire des fuites, micros du Canard Enchaîné, Carrefour du développement, ...) a établi la légitimité du refus de témoigner pour les agents publics tenus au secret puis l'impossibilité pour le magistrat de discuter et de surmonter le secret de défense opposé à ses investigations par les autorités gouvernementales.

Le refus de témoigner devant les juridictions

Une première étape en la matière a été franchie lors du déroulement du procès relatif à l'affaire des « fuites ». Roger Wybot, directeur de la DST et l'un de ses sous-directeurs ayant refusé de révéler sous serment devant le tribunal militaire le contenu de certaines écoutes téléphoniques réalisées par leur service, au nom du secret de la défense nationale, la Cour de cassation confirma :

> *« qu'il appartenait au tribunal militaire d'apprécier si les faits sur lesquels étaient appelés à déposer les témoins précités présentaient un caractère confidentiel et secret qui les dispensaient en raison de leur fonction de les dévoiler à la justice. »* [18]

Cet arrêt fut interprété comme ayant consacré le droit pour le détenteur d'un secret de la défense nationale de garder le silence devant la justice. Mais la doctrine en la matière fut définitivement établie par un avis que le Conseil d'État rendit le 19 juillet 1974, à la demande du Gouvernement à l'occasion de l'affaire des « micros du Canard Enchaîné » :

> *« Dans le cas où une juridiction estime nécessaire, à l'occasion d'un litige dont elle est saisie, la communication de pièces couvertes par le secret de défense ou l'audition de personnes appartenant à des services dont l'organisation et le fonctionnement sont couverts par le même secret, c'est à l'autorité responsable qu'il appartient de décider des communications à faire et de désigner, le cas échéant, les personnes qui répondront aux convocations. (...) Quand la juridiction se trouve placée devant un refus de communication ou de témoignage, elle peut s'assurer auprès du ministre compétent, de la légitimité de ce refus. Dans le cas où ledit refus est confirmé, elle en prend acte et statue ce que de droit. »* [19]

Entre la décision de 1956 et l'avis de 1974, on relève déjà une évolution sensible dans la mesure où l'arrêt de la Chambre criminelle affirmait clairement qu'il revient au juge d'apprécier lui-même si le refus de témoigner est justifié. Cela sous-entendait que la juridiction possédait toujours la possibilité de ne pas accueillir les arguments du Gouvernement

---

[18] Cass. Crim., 6 décembre 1956.

[19] CE, Commission spéciale, Avis du 19 juillet 1974, reproduit in Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, *2e rapport d'activité 1993*, La Documentation française, 1994, p. 66.

et des témoins et donc le pouvoir d'obliger ces derniers à témoigner. Dans l'avis de 1974, il est simplement dit qu'en cas de refus, la juridiction *« en prend acte et statue ce que de droit. »*, ce qui suppose que le juge ne pourrait plus obliger le Gouvernement ou les témoins à s'exprimer.

Cette limitation du rôle du juge dans son appréciation du refus de témoignage a été critiquée et indirectement invalidée par l'arrêt de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris rendu en 1975 dans la même affaire des « micros du Canard ».

Le juge ne peut pas contester le secret qui lui est opposé

Deux arrêts de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris rendus dans des affaires ayant défrayé la chronique sont allés au-delà du seul cas de refus de témoignage ou de communication. Ils ont purement et simplement dénié au juge la possibilité de contester la position que peut prendre le Gouvernement en ce qui concerne le statut secret d'une information ou d'un document auquel le juge souhaiterait accéder pour les besoins de son enquête.

a) La décision de la Chambre d'accusation de Paris du 21 mai 1975 (affaire des micros du Canard Enchaîné)

Le premier arrêt date du 21 mai 1975 et concerne le dossier des « micros du Canard Enchaîné ». Le journal satirique avait déposé plainte contre X pour violation de domicile et atteinte à la vie privée, après que le 3 décembre 1973, des inconnus aient été surpris dans ses locaux en train d'installer des micros cachés dans certains bureaux. Le 12 décembre, le journal publia un article identifiant les « plombiers » comme faisant partie de la Direction de la surveillance du territoire et citant le nom de cinq d'entre eux.

Devant les dénégations du ministère de l'Intérieur à ce sujet, le juge d'instruction procéda aux auditions des différents fonctionnaires mis en cause, qui – sur ordre de leur hiérarchie – refusèrent de répondre tant que leur ministre ne leur aurait pas donné d'instruction de parler. Ensuite, munis des deux avis du Conseil d'État rendus – à l'occasion de cette affaire – en juillet et août 1974, le directeur de la DST fit savoir au juge d'instruction qu'*« il serait en effet incompatible avec la protection juridique du secret de l'organisation de la Direction de la surveillance du territoire que l'appartenance à ce service, le signalement ou le visage de tel ou tel fonctionnaire de police soient connus de toute personne non habilitée à détenir un "secret de défense" »* [20].

Il refusa donc que soit organisée une confrontation avec des témoins extérieurs. Le 22 novembre 1974, le ministre de l'Intérieur confirma au juge que la divulgation d'éléments d'identification physique des fonctionnaires concernés pouvait représenter un risque de compromission du secret de défense. Le juge d'instruction rendit alors une ordonnance aux termes de laquelle il déclarait :

[20] Cité in Paris, Chambre d'accusation, 21 mai 1975, n° 510/75 (reproduit en annexe).

« 1° que l'autorité judiciaire est compétente pour apprécier l'application de la notion de secret de la défense nationale;

2° que cette notion de secret de la défense nationale ne peut être invoquée dans la présente procédure pour faire obstacle aux confrontations envisagées des fonctionnaires susvisés appartenant au service de la surveillance du territoire;

3° que les confrontations envisagées seront opérées avec tous témoins que nous jugerons utiles. » [21]

Le parquet ayant interjeté appel de cette ordonnance le 18 mars 1975, la Chambre d'accusation a rendu un arrêt en deux points :

– Sur la possibilité pour le juge de contester le caractère secret imputé par le ministre à l'identité et aux caractéristiques physiques des agents de la DST, la Cour a répondu que *« lorsqu'il s'agit de déterminer si un renseignement ou un document doit être tenu secret dans l'intérêt de la défense nationale, le ministre compétent est seul habilité à fournir une réponse en raison des informations et éléments d'appréciation qu'il est seul habilité à posséder et qui ne peuvent être révélés sans danger. (...) Il ne peut appartenir au magistrat instructeur ou à toute autre juridiction de se prononcer sur le bien-fondé de l'avis ainsi donné, faute de disposer des mêmes sources de renseignement et d'y avoir accès. (...) Qu'en conséquence, le principe de ce secret ne peut être qu'admis par le juge d'instruction ou par tout autre juridiction qui aurait à statuer sur ce point. »* [22]

– Mais sur la question de savoir si les confrontations envisagées par le juge pouvaient porter atteinte à ce secret, la Cour a considéré, à l'inverse *« que lorsqu'une juridiction est amenée à se prononcer en pareil cas et à dire s'il y a eu ou s'il pourrait y avoir une violation ou une divulgation du secret couvrant leur identité et leurs caractéristiques physiques il ne peut appartenir qu'à elle d'en décider. Que nul ne saurait, en effet, se substituer à elle dans une décision qui est de sa compétence exclusive et que l'avis donné par l'autorité administrative ne peut sur ce point qu'avoir une valeur de renseignement sans s'imposer à elle. (...) Qu'en l'espèce le juge d'instruction avait donc qualité pour apprécier si la participation des fonctionnaires susvisés de la DST à des confrontations avec certains témoins dans les conditions prévues par lui-même était ou non de nature à divulguer le secret couvrant leur identité et les aspects de leur personne physique. (...) Que le magistrat instructeur a donc estimé à juste titre que la protection du secret couvrant l'identité et la personne des intéressés ne pouvait être invoqué en la cause pour mettre obstacle à la poursuite prévue de l'information. »*

Par cette décision – rendue dans les conditions politico-médiatiques difficiles que l'on peut imaginer – la Chambre d'accusation a donc tenté une distinction subtile : le magistrat ne peut contester l'existence du secret opposé par le ministre mais il peut, en revanche, apprécier souverai-

---

[21] *Ibid.*

[22] *Ibid.* (certains extraits de ce passage sont également cités par J.-R. Sulzer, *Le Figaro*, décembre 1986).

nement si ledit secret est mis en danger par les mesures d'instruction qu'il propose. S'appliquant en l'espèce au problème déjà évoqué du refus de coopération de fonctionnaires appelés à témoigner, cette décision s'analyse comme une confirmation de la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'affaire des fuites, mentionnée précédemment, selon laquelle, il appartient au seul juge le pouvoir la pertinence du refus de témoignage (cf. *supra*).

b) La décision de la Chambre d'accusation de Paris du 27 mai 1987 (affaire du « vrai-faux passeport »)

L'impossibilité de discuter la décision du ministre affirmée en 1975 a été finalement reprise et détaillée dans une décision plus récente de la même juridiction rendue en appel de l'ordonnance du juge d'instruction intervenue dans le dossier du « vrai-faux passeport ».

Dans cette affaire, qui concernait uniquement – à l'origine – les malversations financières imputées à l'association *Carrefour du développement* et à l'ancien ministre de la coopération, M. Christian Nucci [23], l'instruction avait permis de découvrir que la fuite hors de France de M. Yves Chalier, principal collaborateur de M. Nucci (et donc à la fois personne recherchée et principal témoin à charge potentiel) avait été facilitée par l'usage d'un faux passeport dont on soupçonnait qu'il devait avoir été remis à M. Chalier par la DST sur instruction du nouveau ministre de l'Intérieur M. Charles Pasqua (qui pouvait avoir des raisons politiques de vouloir exploiter les révélations de M. Chalier dans le cadre de ce scandale).

Le juge d'instruction avait donc interrogé en décembre 1986 M. Bernard Gérard, directeur de la DST qui avait – sur ordre de son ministre – opposé le secret de défense à ses questions sur le sujet [24] (et le ministre de l'Intérieur avait confirmé par écrit cette position au juge [25]). Après que le parquet ait conclu dans ses réquisitions à la légitimité de la position de M. Gérard [26], le juge d'instruction Michau rendit une ordonnance en sens contraire le 3 février 1987, estimant que *« le secret de défense ne peut être valablement opposé »* dans ce dossier et que M. Gérard devrait être condamné à une amende (art. 109, al. 3 du CPP) pour refus de

---

[23] Sur l'origine de cette affaire, cf. notamment Jacques Derogy & Jean-Marie Pontaut, *Enquête sur un carrefour dangereux*, Fayard, 1987.

[24] Cf. *Le Monde*, 12 décembre 1986; J. Derogy & J.-M. Pontaut, *op. cit.*, p. 217.

[25] Le ministre écrivit notamment le 19 janvier 1987 au juge que le témoignage demandé à M. Gérard *« met en cause des renseignements, des procédés et des personnels qui concourent à des missions de contre-espionnage auxquels ils sont appelés à participer »* (cité in *D.* 87, Somm. comm., p. 410). Cet argument d'un secret par extension couvrant une opération par le simple fait que les personnes qui y ont participé ou les méthodes qui y ont été employées sont, par ailleurs, confidentielles, a été critiqué par la presse : *« Terrible logique : si, demain, un cadavre était trouvé dans les locaux de la DST serait-il ipso facto couvert par le secret de défense puisqu'il aurait circulé dans les locaux du contre-espionnage ? »* (Edwy Plenel, in *Le Monde*, 29 mai 1987; dans le même sens : J. Derogy & J.-M. Pontaut, *op. cit.*, p. 219).

[26] Cf. *Le Monde*, 4 février 1987.

témoignage [27]. Saisie en appel de cette ordonnance, la Chambre d'accusation a censuré l'ordonnance du magistrat instructeur [28] en affirmant que

> *« Le ministre concerné, en raison des informations et des éléments d'appréciation qu'il possède et qui ne peuvent être révélés sans danger, est seul en mesure d'apprécier les nécessités qu'impose la défense nationale et à pouvoir assurer le magistrat instructeur de l'existence d'un secret-défense sur le bien-fondé duquel ce magistrat ne possède aucun élément d'appréciation. La réponse qu'il donne au magistrat instructeur constitue un classement secret-défense des faits sur lesquels il est consulté (...). Cet acte a été pris dans le cadre du pouvoir discrétionnaire et il n'appartient à aucune juridiction d'en apprécier l'opportunité »* [29]

et qu'en conséquence, *« le secret-défense était à juste titre opposé par le témoin B. Gérard »*.

Ultérieurement, le dossier se dénoua lorsqu'après le changement de majorité, M. Pierre Joxe, nouveau ministre de l'intérieur, consulté par le juge d'instruction Jeanin, reconnut que *« cela n'avait rien à voir avec la défense et rien à voir avec le secret »* [30]. Le juge d'instruction put alors interroger à nouveau M. Gérard qui répondit à ses questions sur l'origine du passeport [31].

Même si l'arrêt de 1975 laissait une plus grande liberté d'appréciation au juge pénal, ces deux arrêts témoignent néanmoins de la réticence très forte du pouvoir judiciaire à forcer le Gouvernement à coopérer lorsque le secret de défense et les questions de contre-espionnage sont en jeu, au risque de laisser se dérouler de véritables manœuvres d'obstruction de la justice. Et ce risque de dérive, dont nous avons précédemment cité quelques exemples caractéristiques, est d'autant plus important que du côté du juge administratif (spécialement chargé du contrôle des actes de l'administration, et qui pourrait – à ce titre – apprécier la légalité de certains actes couverts par le secret de défense), la jurisprudence traditionnelle témoigne également d'une volonté d'autocensure et de restriction excessive des possibilités de contrôle.

---

[27] Dans cette ordonnance, le juge relevait notamment que *« l'argument tiré de l'habilitation au secret-défense pour refuser de déposer ne peut être valablement retenu; qu'en effet, aucun texte ne prévoit une dispense de témoigner, motif pris d'une habilitation à un tel secret; attendu, en ce qui concerne l'argument tiré du secret de défense, que les réponses aux questions précises posées ne concernent en rien l'organisation, le fonctionnement ou le personnel de la DST, ou des renseignements ou opérations menées par ce service dans l'accomplissement de sa mission spécifique; qu'elles ne peuvent avoir non plus pour effet de révéler des opérations de ce service ou des noms de certains de ces agents de mission; (...) attendu que l'exception de secret de défense ne saurait être invoquée pour soustraire à la connaissance de l'autorité judiciaire des faits délictueux commis dans le contexte de la procédure qui ne pourraient être justifiés ni par un ordre de la loi, ni par le commandement d'une autorité légitime, en raison des circonstances, et qui sont totalement étrangers aux compétences et missions spécifiques de la DST »* (reproduit in J. Derogy & J.-M. Pontaut, *op. cit.*, pp. 242-243).

[28] Cf. *Le Monde*, 29 mai 1987.

[29] Paris, Chambre d'accusation. 27 mai 1987, Chalier et autres, (reproduit en annexe et également cité in Jean-Marc Varaut, *Le droit au juge*, Quai Voltaire, 1991 p. 107).

[30] Cf. *Le Monde*, 21 juillet 1989, p. 28.

[31] Cf. *Le Monde*, 23 novembre 1989; cf également la reproduction d'un procès-verbal d'audition de M. Gérard en date du 13 février 1990, *Paris Match*, 7 juin 1990, pp. 89-90. L'affaire de la délivrance du faux passeport fut définitivement jugée au printemps 1994 (cf. *Le Monde*, 10/11 avril 1994, p. 14).

Le contrôle trop restreint par le juge administratif

Le Conseil d'État a eu très tôt à se prononcer sur la possibilité qu'il avait d'ordonner la production d'un document considéré comme confidentiel par l'administration. Il l'a fait dans sa jurisprudence *Poujade* par laquelle il a refusé d'ordonner la production de documents diplomatiques : *« Considérant que les pièces dont s'agit ont le caractère de correspondances diplomatiques dont il n'appartient pas au Conseil d'État d'ordonner la communication »* [32].

Mais dans cette affaire, le Conseil s'était fondé, non sur le fait que la loi protégeait le secret de ces documents, mais sur la constatation qu'ils concernaient des relations d'État à État, ce qui leur conféraient la nature *d'« actes de gouvernement »* non susceptibles d'être soumis au contrôle du juge.

Il est vrai aussi – comme nous l'avons vu précédemment – qu'à cette époque, les secrets diplomatiques n'étaient pas explicitement protégés par la loi et que la jurisprudence pénale, elle-même, restait très prudente sur l'assimilation entre secret diplomatique et secret de défense.

Si, donc, en pratique, le juge administratif avait déjà pris soin d'éviter de compromettre par ses interventions procédurales certains secrets d'État, il n'avait pas encore développé sa propre théorie juridique concernant la protection du secret et particulièrement celle du secret de défense [33]. Il fallut, pour cela, attendre un arrêt du Conseil d'État de 1955, l'arrêt *Coulon* [34], qui consacre le principe selon lequel le secret de la défense nationale est opposable au juge administratif.

Le secret de défense est opposable au juge administratif

Dans cette affaire, un ouvrier d'un atelier de fabrication d'armements dépendant du ministère de la défense qui avait été licencié, contestait ce licenciement qu'il prétendait dû uniquement à ses activités politiques et syndicales. Le tribunal administratif de Caen avait alors – dans un premier jugement avant dire droit – enjoint à l'administration de lui transmettre le dossier de M. Coulon. Celui-ci lui ayant alors été communiqué à l'exception des pièces couvertes par le secret de la défense nationale, le

---

[32] CE, 23 décembre 1904, *Consorts Poujade*, Rec. 871, conclusions Tessier.

[33] Conformément à la tendance générale au dépérissement de la notion d'acte de gouvernement, la juridiction administrative a abandonné (semble-t-il définitivement) son usage pour justifier la non-communication de documents secrets. Un jugement du Tribunal administratif de Paris a ainsi précisé que *« le refus de communication d'un document même relevant des matières dont la communication peut, aux termes de la loi, être refusée par l'administration, ne saurait être regardée comme ayant le caractère d'un acte de gouvernement échappant à la compétence du juge administratif »* (TA Paris, 25 janvier 1984, *Association des familles françaises de prisonniers politiques en Guinée c/ministre des Relations extérieures*, *GP*, 17, 18 octobre 1984, p. 19). Ce jugement a été confirmé par le Conseil d'État en 1988, par un arrêt qui justifie le refus de communication sur la base du secret de la politique extérieure, sans jamais faire appel à la notion d'acte de gouvernement (CE, 8 juin 1988, *Association des familles françaises de prisonniers politiques en Guinée*). Pour une opinion doctrinale allant dans le même sens, cf. Olivier Gohin, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1988, p. 173.

[34] CE, *secrétaire d'État à la Guerre c/Coulon*, 11 mars 1955, *Rec.*, 149; *RDP*, 1955. p. 995, concl. Grévisse; *D.*, 1955, J. p. 555, note de Soto & Léauté; *AJDA*, 1955, II. p. 181, note Long.

Tribunal avait ordonné, dans un second jugement, que lui soient transmis également les éléments secrets du dossier.

Le Conseil d'État, saisi en appel trancha notamment la question de savoir si le juge administratif pouvait – au titre de son pouvoir de production forcée des pièces [35] – enjoindre à l'administration de lui communiquer des documents couverts par le secret de défense et si, *a contrario*, l'État pouvait refuser de produire devant la juridiction administrative de tels éléments.

L'arrêt *Coulon* a clairement affirmé que le secret de défense est totalement opposable au juge administratif qui ne peut obliger l'administration à lui transmettre la teneur de documents ou d'informations classifiés.

Le Conseil d'État a considéré, en effet, que la loi (en l'occurrence l'article 78 du Code pénal de l'époque) conférait à la seule autorité responsable (ici, le secrétaire d'État à la Guerre) le pouvoir de désigner les personnes qualifiées pour connaître d'un secret de défense et que le juge administratif ne pouvait donc pas, au travers de son pouvoir de communication des pièces, s'octroyer unilatéralement cette qualité :

> *« Qu'ainsi le pouvoir (...) dont le Tribunal administratif dispose, dans la généralité des cas, de prescrire, pour les besoins de l'instruction toute communication de pièces ou de dossier comporte une exception pour tous les documents à l'égard desquels l'autorité compétente croit devoir affirmer que leur divulgation, même opérée sous les garanties et dans les formes juridictionnelles, est exclue par les nécessités de la défense nationale. »* [36]

Pour en arriver là, le commissaire du gouvernement Grévisse avait d'abord procédé dans ses conclusions à un raisonnement par analogie avec la question de l'invocation du secret professionnel devant les juridictions judiciaires :

> *« Tous deux sont imposés dans un intérêt d'ordre public. Leur divulgation est punie par la loi. (...) Dans ces conditions, puisque le juge judiciaire a estimé que l'intérêt qui s'attachait au respect du secret professionnel devait prévaloir lorsqu'il était en conflit avec les obligations du témoin, c'est-à-dire avec l'intérêt de la justice, il serait paradoxal de ne pas retenir la même solution pour la communication de pièces couvertes par le secret de la défense nationale. »* [37]

Mais plus encore, le fait que le secret de défense soit protégé par la loi a convaincu le Conseil d'État de ne pas faire un usage – qui aurait pu être jugé abusif – de ses pouvoirs inquisitoriaux. En ordonnant à l'État de transmettre des documents secrets et en s'autodésignant, par là-même, *« personne qualifiée »* [38] pour en connaître, le commissaire du

---

[35] Sur ce pouvoir reconnu au juge administratif, cf. O. Gohin, *op. cit.*, p. 164 à 179. En ce qui concerne, particulièrement, le pouvoir du juge d'exiger la communication du dossier d'un fonctionnaire : CE, 1cr mai 1936, *Couëspel du Mesnil*, Rec. 485.

[36] CE *Coulon*, *op. cit.*

[37] Conclusions Grévisse, *RDP*, *op. cit.*, p. 1008.

[38] Au sens de l'article 78 du Code pénal de 1939, alors en vigueur (cf. *supra*, Ire Partie, Chapitre Ier). Le Tribunal administratif avait, en effet, motivé son jugement ordonnant la communication des documents secrets en relevant que *« les membres des tribunaux administratifs sont des magistrats tenus au secret professionnel »* et que, dès lors, *« rien ne s'oppose à ce qu'à*

gouvernement estimait, en effet, que le Conseil contreviendrait à la loi qui protège le secret de défense et qui confie au ministre – et à lui seul – le soin de désigner ces personnes qualifiées. Mais comme c'est souvent le cas dans la jurisprudence administrative, toujours soucieuse de concilier l'intérêt supérieur de l'administration et celui de son contrôle juridictionnel, la réponse apportée par l'arrêt *Coulon* est une réponse à deux niveaux, qui conserve au juge administratif un pouvoir résiduel d'appréciation des motifs de l'administration ou de son éventuel refus d'en fournir.

Le contrôle résiduel sur le comportement de l'administration

Estimant ne pouvoir ni surmonter, ni même discuter, le refus de communication opposé par l'administration au nom du secret de défense, le juge administratif a néanmoins affirmé son droit à requérir tous les éléments d'information non secrets lui permettant d'apprécier le bien-fondé de son action, et – en cas de refus – d'en tenir compte :

> *« Rien ne s'oppose à ce que, dans la mesure où ces renseignements lui paraissent indispensables pour former sa conviction sur les points en litige, il prenne toutes les mesures de nature à lui procurer, par les voies de droit, tous éclaircissements nécessaires, même sur la nature des pièces écartées et sur les raisons de leur exclusion; qu'il a ainsi la faculté, s'il y échet, de convier l'autorité responsable à lui fournir, à cet égard, toutes indications susceptibles de lui permettre, sans porter aucune atteinte, directe ou indirecte, aux secrets garantis par la loi, de se prononcer en pleine connaissance de cause; qu'il lui appartient, dans le cas où un refus serait opposé à une telle demande, de joindre cet élément de décision, en vue du jugement à rendre, à l'ensemble des données fournies par le dossier. »* [39]

Ce faisant, le Conseil d'État a très certainement voulu appliquer à ce cas particulier les principes définis dans sa récente jurisprudence *Barel* [40] en ce qui concernait les conséquences défavorables que le juge garde la liberté de tirer d'un refus de coopérer de la part de l'administration.

Plusieurs décisions rendues ultérieurement, en application de la jurisprudence *Coulon*, ont montré l'application que le juge administratif pouvait faire de ce principe :

– Dans l'arrêt *Benouali* [41], relatif à une mesure de police ordonnant la fermeture d'un débit de boisson, le Conseil a considéré que le fait pour le ministre de l'Intérieur d'invoquer le secret de la défense nationale pour refuser de fournir les motifs de sa décision, n'était pas contestable par le juge administratif qui conservait néanmoins le

---

l'occasion d'un litige porté devant un tribunal administratif, ils prennent connaissance de documents couverts par le secret de la défense nationale » (cité in J. de Soto & J. Léauté, *op. cit.*).

[39] CE *Coulon*, *op. cit.*

[40] CE Ass., *Barel et autres*, 28 mai 1954, Rec. 308, concl. Letourneur. Dans le sens de cette interprétation de l'application de la jurisprudence *Barel* dans l'arrêt *Coulon* : O. Gohin, *op. cit.*, p. 178; Jean-Philippe Colson, *L'office du juge et de la preuve dans le contentieux administratif*, LGDJ, 1970, p. 140.

[41] CE, 30 mars 1960, *Benouali*, Rec. 239.

droit de statuer *« au vue des seules pièces à lui soumises »* et de joindre la décision de refus aux autres éléments du dossier.

– Dans l'arrêt *Cajarville* [42], relatif à la non-motivation d'un rejet de demande de naturalisation, le Conseil d'État a repris la formulation exacte de l'arrêt *Coulon* pour justifier le fait qu'un tribunal administratif ait pu – malgré le caractère secret des informations allégué par l'administration – enjoindre à celle-ci de lui faire connaître *« les motifs de droit et de fait »* de sa décision et, dans l'attente, surseoir à statuer. Il s'agissait là d'une application caractéristique de la jurisprudence *Coulon*, qui permet – malgré l'invocation du secret – de demander à l'administration les motifs de ses décisions. Et ce, en l'espèce, dans un domaine où la loi (l'article 110 du Code de la nationalité) excluait toute obligation de motivation [43].

– Dans l'arrêt *Houhou* [44], le Conseil est allé plus loin dans les conséquences qu'il peut tirer de l'application de la jurisprudence *Coulon*. S'agissant encore d'un arrêté de fermeture d'un débit de boisson (pris en raison d'activités jugées subversives pour la sûreté de l'État), le Conseil – tout en reconnaissant à l'État le droit de ne pas communiquer certains renseignements – a constaté que le ministre de l'Intérieur n'avait jamais, dans aucune de ces observations *« précisé la nature des griefs qui avaient motivé les décisions attaquées; que dans ces conditions, et sans qu'il soit besoin d'examiner si la conclusion des accords d'Evian et l'intervention des mesures d'amnistie qui les ont suivis ont eu pour effet d'ôter au ministre de l'Intérieur la possibilité de se prévaloir des dispositions de l'article 79 susvisé du Code pénal, le sieur Houhou est fondé à soutenir que les arrêtés attaqués manquent de base légale et à demander leur annulation »*. Ici, comme dans l'arrêt *Barel*, le simple fait que l'administration ait systématiquement refusé d'apporter sa contribution au travail d'appréciation de la vérité effectué par le juge, fait présumer que la décision manquait de fondement et devait être, pour cette raison, annulée.

– Allant plus loin encore dans la volonté de faire assumer par l'administration les conséquences de son refus, le Tribunal administratif de Paris dans son jugement *de Crémiers* (relatif à l'internement administratif d'un sympathisant supposé de l'OAS) a considéré que le ministre de l'Intérieur – du fait de son refus de fournir des renseignements considérés comme secrets – devait être regardé comme ayant admis la légèreté des présomptions pesant sur la personne internée [45].

Une jurisprudence qui devrait évoluer

La solution préconisée par le commissaire du gouvernement, et retenue par le Conseil d'État dans l'arrêt *Coulon* et les autres décisions

---

[42] CE, 27 mai 1983, *ministère des Affaires sociales et de la Solidarité nationale c/ M. et M^me^ Cajarville*, Rec. 219.

[43] M. Guillaume fait justement remarquer que cet arrêt (qui ne concernait pas des informations couvertes par le secret de défense) traduit *« l'extension de la jurisprudence de 1955 à l'ensemble des secrets protégés par la loi »* (Marc Guillaume, « Secret de la défense nationale et État de droit », *in L'État de droit - Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 370).

[44] CE, 2 octobre 1963, *Houhou*, Rec. 468.

[45] TA Paris, 30 septembre 1963, *de Crémiers*, JCP, 1964.II.13577, note Charles Debbasch.

qui l'ont suivi n'est plus, aujourd'hui, à l'abri de toute critique, notamment à la lumière de l'évolution du contexte juridique depuis une quinzaine d'années.

En effet l'évolution législative qui a élargi les droits individuels des citoyens et redéfini le cadre pénal du secret de défense a introduit de nouveaux éléments dont doit tenir compte le juge administratif. D'une part, la loi sur la communication des documents administratifs oblige aujourd'hui le Conseil d'État à ordonner dans certains cas la production non contradictoire par l'administration de documents considérés comme secrets. D'autre part, le nouveau Code pénal donne désormais à la justice de nouveaux moyens d'appréciation du secret de défense. Autant d'évolutions qui remettent donc potentiellement en cause les principes essentiels dégagés il y a quarante ans par le Conseil d'État.

L'impact de la jurisprudence sur la communication des documents administratifs

L'application de la loi organisant le droit d'accès aux documents administratifs est l'exemple typique de ce changement de contexte juridique qui, selon nous, « démode » la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État. En effet, si la CADA comme le Conseil d'État, applique strictement à l'encontre des citoyens la dérogation au principe de la communication prévue par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 (cf. *supra*, chapitre 9), la jurisprudence de ce même Conseil a évolué de manière sensible en ce qui concerne les pouvoirs du juge de requérir dans une instance administrative contentieuse la production de documents non communicables.

Le Conseil d'État a, en effet, adopté une position novatrice en la matière dans son arrêt *Banque de France c./Huberschwiller* de 1988, concernant la communication de documents issus de la Banque de France [46]. Dans cet arrêt, le juge s'est estimé compétent pour requérir la production de tous documents administratifs – qu'ils soient communicables ou non – *« à la seule exception de ceux qui sont couverts par un secret garanti par la loi »*. Et il a confirmé ultérieurement cette position dans plusieurs arrêts, tels que *Société nouvelle d'édition et de diffusion* [47] ou encore, plus récemment, *Hudin* [48].

Dans ces différents arrêts, le juge administratif a choisi de déroger partiellement au principe du contradictoire qui gouverne le contentieux administratif car, selon le Conseil :

> *« si le caractère contradictoire de la procédure exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites au cours de l'instance, cette exigence est nécessairement exclue en ce qui concerne les documents dont le refus de communication constitue l'objet même du litige. »*

Dès lors, le juge se croit autorisé à ordonner une production du document réservée à la seule formation de jugement, à l'exclusion de toute communication aux parties :

---

[46] CE, 16 juin 1988, *Banque de France c./M. Huberschwiller*, concl. S. Daël, *RFDA*, novembre-décembre 1989, pp. 973-984.

[47] CE, 1er décembre 1989, *Société nouvelle d'édition et de diffusion*, Rec. p. 246.

[48] CE, Sect., 8 octobre 1993, *Hudin*, note Herbert Maisl, *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, n° 94/1, pp. 26 à 28; note Jean Frayssinet, *JCP*, 1994.II.22266.

« qu'ainsi il y a lieu d'ordonner avant dire droit, tous droits et moyens des parties étant réservés, la production de ce document à la sous-section de la section du contentieux chargée de l'instruction de l'affaire, sans que cette pièce soit communiquée à M. Hudin, pour être ensuite statué ce qu'il appartiendra sur les conclusions de la requête. » [49]

Cette recherche d'un compromis entre contradiction et protection du secret, qui permet au juge administratif d'étendre plus loin son contrôle sur la réalité de la non-communicabilité d'un document, a été généralement acceptée par la doctrine. Le professeur Herbert Maisl, commentant l'arrêt *Hudin*, constate qu'il faut :

« que la Haute Assemblée s'assure que ce secret, en l'espèce, est bien opposable. Pour ce faire, il y aura mise en œuvre d'un principe de contentieux et dérogation à un second principe. Le principe inquisitorial autorise le Conseil d'État à se faire communiquer tout document nécessaire à la solution du litige : ici, le compte-rendu intégral. En revanche, il sera dérogé au caractère contradictoire de la procédure qui implique que chaque partie ait communication de toutes les pièces produites pendant l'instance. » [50]

Commentant la même décision, le professeur Frayssinet se contente d'estimer qu'en suivant les principes de l'arrêt *Banque de France*, *« Le Conseil d'État reste fidèle à une jurisprudence empreinte de bon sens »* [51], tandis, qu'en ce qui le concerne, le professeur René Chapus voit, dans ces différentes jurisprudences, les signes de l'*« évidence »* :

« Le fait que le document dont la connaissance est utile au jugement du litige est de ceux que la loi du 17 juillet 1978 exclut de l'obligation de les communiquer, sur leur demande, aux administrés n'empêche pas que le juge soit en droit d'en exiger la production. Le Conseil d'État en a ainsi jugé dans le cas où le litige a précisément été provoqué par le refus de communication d'un document à un administré. Dans un tel cas, il est évident que le juge ne peut se prononcer sur le caractère communicable du document que s'il le connaît. » [52]

Appliquée jusqu'à présent en matière de secrets concernant les questions monétaires (*Banque de France*), les rapports de la Cour des Comptes (*David* [53]) et de l'administration fiscale (*Société nouvelle d'édition et de diffusion*), ou encore de compte-rendu de missions de la CNIL, couvert par le *« secret en matière commerciale et industrielle »* (*Hudin*), cette jurisprudence audacieuse du Conseil d'État peut-elle concerner également le domaine du secret de défense ? Si l'on s'en tient à la formulation de l'arrêt *Banque de France*, cela parait exclu puisque le Conseil estime que son pouvoir d'ordonner la production de documents non communicables ne peut s'appliquer à ceux protégés par un *« secret garanti par la loi. »* Et suivant en cela la Haute juridiction, plusieurs auteurs estiment, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Daël dans cette affaire *Banque de France*, qu'il faut effectuer –

---

[49] *Ibid.*
[50] Note H. Maisl, *op. cit.*, p. 28.
[51] Note J. Frayssinet, *op. cit.*, p. 221.
[52] René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Monchrestien, 4e édition, 1993, p. 611.
[53] CE, 30 juin 1989, *ministère de l'Economie c./David*, Rec. 464.

parmi les exceptions visées par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 – une distinction entre des *« secrets absolus »* qui seraient les *« secrets protégés par la loi »* et les autres types de secrets visés par l'article 6 qu'il appelle des *« secrets relatifs »* [54]. La nouvelle jurisprudence *Banque de France* ne s'appliquerait donc qu'aux secrets relatifs, à l'exclusion des secrets absolus, parmi lesquels figure le secret de la défense nationale.

Pourtant aucune jurisprudence ultérieure relative au secret de défense, n'est venue confirmer explicitement cette hypothèse de la non-application. Le professeur Laveissière a, certes, voulu en voir une confirmation dans l'arrêt *Dufour*, par lequel le Conseil a refusé la communication d'enregistrements militaires au nom du secret de défense [55]. Mais, en réalité, si cet arrêt applique logiquement la non-communicabilité des informations classifiées [56], il ne tranche nullement la question de savoir si le juge administratif peut, à leur sujet, exiger le type de communication non contradictoire qu'il a prévu dans sa jurisprudence *Banque de France*. Dans cette affaire, le Conseil s'est simplement estimé suffisamment informé du contenu du document pour ne pas estimer avoir besoin d'en prendre connaissance. Et, au contraire, l'arrêt utilise la formule *« sans qu'il soit besoin de procéder aux mesures d'instruction réclamées par la requérante »*, ce qui montre – à notre sens – qu'il n'exclut pas *a priori* le principe d'une éventuelle production forcée de ce document [57]. La formulation de l'arrêt *Dufour* paraît ainsi plutôt montrer la volonté du Conseil d'État de ne pas prendre position et de réserver la question pour l'avenir.

Rien n'interdit donc de penser que la jurisprudence du Conseil est susceptible d'évoluer progressivement. Il est clair, en effet, que cette question de l'accès du juge au secret est au cœur du débat qui oppose droit au secret et droit à l'information dans notre société contemporaine et que nous constatons régulièrement des modifications ou des rectifications de jurisprudence en la matière. Dans ce contexte mouvant, une extension des principes originaux de l'arrêt *Banque de France* au domaine des documents classifiés ne nous paraît ni impossible ni juridiquement aberrante, même si elle aurait pour effet d'infirmer, quarante ans après, l'essentiel des principes de l'arrêt *Coulon*.

---

[54] Conclusions S. Daël, *op. cit.*, p. 981.

[55] *« Il ressort des pièces du dossier que l'enregistrement dont il s'agit a été effectué selon la procédure radio utilisée pour les communications entre pilotes de l'armée et entre pilote de l'armée et contrôleurs au sol; que l'enquête technique ayant donné lieu au rapport dont la communication est demandée était elle-même fondée en partie sur des enregistrements effectués selon une même procédure; que ces documents sont au nombre de ceux dont la divulgation porterait atteinte au secret de la défense nationale; que, par suite, le ministre a pu à bon droit en refuser la communication à l'intéressé en se fondant sur les dispositions précitées; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin de procéder aux mesures d'instruction réclamées par la requérante, M^me^ Dufour n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que (...) le tribunal administratif de Paris a rejeté ses demandes; »* (CE, 30 octobre 1989, *M^me^ Dufour*).

[56] Le Conseil d'État n'a fait, dans cette affaire, qu'appliquer une position prise auparavant par la CADA dans un avis portant sur une affaire similaire (communication d'enregistrements relatifs à un accident d'avion militaire), selon laquelle les communications radios entres pilotes étaient conformes à une procédure normalisée par l'OTAN et – à ce titre – classifiées (CADA, avis *Bertin*, 29 octobre 1987).

[57] Tout en donnant à penser que cet arrêt prouve la non-application de la jurisprudence *Banque de France* aux documents classifiés, J. Laveissière reconnaît, implicitement, les limites de son affirmation en citant en note l'extrait concernant les mesures d'instruction (Jean Laveissière,

On peut, en effet, critiquer la distinction faite par le commissaire du gouvernement Daël et le Conseil d'État entre les secrets visés à l'article 6 de la loi de juillet 1978, tant il est vrai qu'il nous semble que ce texte n'a pas voulu créer – si l'on peut dire – un *« secret à deux vitesses »*, et que l'on peut considérer logiquement que les secrets dits « relatifs » qu'énumère cet article sont devenus aussi, par ce seul fait, des *« secrets protégés par la loi »* [58]. Dans ce sens, il nous faut remarquer que le texte de la loi – après avoir cité différents types de secrets – ajoute explicitement : *« ou, de façon générale, aux secrets protégés par la loi »*.

L'expression *« de façon générale »* montre bien que, dans l'esprit du législateur, les *« secrets protégés par la loi »* ne sont pas une catégorie supplémentaire – et à part – mais simplement le prolongement des secrets explicitement protégés par cette loi de 1978 par l'ensemble des secrets non cités qui pourraient être institués par d'autres textes de loi.

Plus précisément, il nous paraît que par la jurisprudence *Banque de France* – aujourd'hui plusieurs fois confirmée – le Conseil d'État a fait évoluer sensiblement sa conception du principe de contradiction et a donc retiré toute substance à l'un des arguments essentiels qui avaient convaincu le Conseil dans l'affaire *Coulon*. À partir du moment où le Conseil d'État considère qu'une communication de pièces confidentielles réservée au seul juge ne contrevient plus à la règle de la contradiction qui gouverne son contentieux, rien ne l'empêcherait désormais – sur ce fondement – de procéder de la même manière en ce qui concerne les documents classifiés.

Les possibilités ouvertes par le nouveau Code pénal

Comme nous l'avons noté précédemment (cf. *supra*, chapitre 6), l'article 413-9 nCP a, par ses deux premiers alinéas, instauré une définition formelle qui donne aux juridictions (judiciaires, mais aussi administratives) de nouveaux moyens de contrôle de la pratique administrative en la matière.

En décidant que seul peut être considéré comme secret ce qui a fait l'objet de mesures de protection (essentiellement la classification), le premier alinéa de l'article 413-9 nCP donne au juge le moyen d'empêcher l'administration de considérer *a posteriori* comme relevant du secret de la défense nationale une information ou un document qui n'avait fait l'objet d'aucune protection antérieure. Dès lors, le nouveau Code pénal respecte mieux que par le passé le principe de la légalité des peines et fait disparaître le grave reproche que l'on formulait jusqu'alors à propos des peines relatives au secret de la défense nationale, à savoir qu'*« en droit pénal, on prévient toujours les délinquants de l'existence du délit avant de les poursuivre et de les punir. Ici, personne ne saura d'avance ce qui est secret ou non »* [59].

« En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret » in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 204).

[58] Sur la rédaction approximative de l'article 6 de la loi de 1978 et le caractère redondant de la notion de *« secrets protégés par la loi »*, cf. notamment J. Laveissière, *op. cit.*, p. 186. Le commissaire du gouvernement Serge Daël affirme, pour sa part (mais sans réelle démonstration) que *« l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 n'a pas pour objet d'instituer de nouveaux secrets protégés par la loi mais d'indiquer que ne sont pas communicables les documents dont le secret est déjà protégé mais aussi quelques autres »* (concl. S. Daël, *op. cit.*, p. 981).

[59] Cuche, cité *in* J. Léauté, *op. cit.*, p. 20.

Mais cette meilleure objectivité de la définition du secret n'est pas réservée au juge pénal. Elle va nécessairement produire des effets sur la pratique du juge administratif, saisi par exemple d'un refus de communication d'un document administratif motivé par la protection du secret de la défense nationale. Désormais, ce juge aura, lui aussi, à s'informer de l'existence préalable d'une mesure de classification et – en cas d'absence de celle-ci – devra refuser d'accepter le motif de non-communication invoqué par l'administration.

Cela est encore plus vrai en ce qui concerne le second alinéa de l'article 413-9 nCP. Cette disposition n'autorise l'administration à utiliser des mesures de protection du secret que pour protéger des informations ou des documents dont la nature le justifie. Par là, elle donne au justiciable la possibilité de recourir au juge administratif (par la voie de l'exception d'illégalité, voire du recours pour excès de pouvoir) pour obtenir l'annulation contentieuse d'une mesure de classification abusive. C'est là un changement essentiel par rapport à la situation antérieure où les mesures de protection n'avaient aucun statut juridique et où les opinions divergeaient sur le fait de savoir s'il fallait les considérer comme des *« actes de gouvernement »* [60], comme des mesures d'ordre intérieur, ou – au contraire – comme des décisions discrétionnaires soumises au seul contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation [61].

Désormais, l'article 413-9 donne un fondement légal aux mesures de protection du secret et y attache des conséquences juridiques objectives (possibilité de mise en œuvre des articles 413-10 et 413-11 du Code pénal à l'encontre des détenteurs et des usurpateurs du secret, possibilité d'invoquer le secret de la défense nationale à l'encontre d'une demande de communication d'un document administratif). La décision de classification est donc à ranger parmi celles qui, affectant la situation des administrés, sont susceptibles de faire grief et donc d'être soumises au contrôle de l'excès de pouvoir.

Dans ces conditions, le juge administratif – comme le juge pénal – devrait pouvoir exercer, à terme, un contrôle plus rigoureux sur le recours au secret de défense et sur les pratiques des services de renseignement et de sécurité couvertes par ce secret. Il en va, à notre sens, de la légitimité même de la notion de secret de la défense nationale et des missions des services spécialisés. Et à défaut de permettre tout de suite l'exercice d'un tel contrôle par les juridictions elles-mêmes, il faut au minimum que se développe le recours au contrôle indirect par des autorités administratives indépendantes.

LE CONTRÔLE INDIRECT PAR DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES

La notion d'autorité administrative indépendantes est apparue à la fin des années soixante-dix avec l'adoption des lois modernisant les droits

---

[60] Qualification fort contestable, à notre sens, mais évoquée par Maître Jean-Marc Varaut, à propos de l'arrêt de la Chambre d'accusation de Paris de 1987 relative à l'affaire du *« vrai-faux passeport »* (Jean-Marc Varaut, *op. cit.*, p. 107).

[61] Interprétation de Maître Daniel Soulez-Larivière, citée in J. Guisnel & B. Violet, *Services secrets – le pouvoir et les services de renseignements sous François Mitterrand*, La Découverte, 1988, p. 301.

des citoyens (que nous avons évoquées précédemment, cf. *supra*, chapitre 9). Et rapidement, s'est posée la question de la possibilité pour ces autorités d'accéder ou non à des activités secrètes de l'État, et donc d'y exercer un contrôle. Si dans un premier temps, seule la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) s'est vue reconnaître un certain droit d'accès aux fichiers informatiques des services de sécurité et de contre-espionnage, c'est la création d'une commission de contrôle des interceptions de sécurité en 1991 qui a consacré le recours aux autorités administratives indépendantes pour organiser un contrôle indirect des activités secrètes. Au point qu'en 1998, le législateur a, une nouvelle fois, recouru à cette pratique pour interposer entre le secret de l'administration et les juridictions un niveau intermédiaire : la commission consultative du secret de la défense nationale.

Le contrôle des fichiers informatiques des services de sécurité

Tous les services de sécurité et de contre-espionnage sont aujourd'hui, nous l'avons vu, fortement informatisés et l'utilisation des moyens informatiques (notamment pour le traitement des données relatives aux personnes et aux « sources techniques », c'est-à-dire aux interceptions) prend une part croissante dans leur travail. Par ailleurs, ces services sont amenés à stocker, s'agissant des personnes physiques qu'ils surveillent, des données confidentielles et pouvant concerner la vie privée, voire même des données sensibles au sens de la loi Informatique et Libertés (cf. *supra*, chapitre 9).

C'est pourquoi, la loi de 1978 et ses textes d'application ont prévu que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) puisse effectuer des contrôles relatifs à ces fichiers nominatifs des services de sécurité et de contre-espionnage.

Nous avons déjà mentionné que l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 confiait à certains membres et agents de la CNIL le soin d'effectuer, au titre du *« droit d'accès indirect »*, les vérifications demandées par les personnes physiques dans les fichiers informatiques relevant des *« traitements intéressants la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique »*. Mais, plus généralement, les textes prévoient la possibilité pour la CNIL d'avoir accès aux informations nominatives stockées par les services de l'État, y compris lorsque celles-ci relèvent du secret de défense.

Cela relève de la conjonction de plusieurs dispositions. Outre cet article 39 (qui créé bien un cas de contrôle par la CNIL sur le contenu de fichiers généralement classifiés), l'article 21 précise explicitement qu'en particulier les ministres et les autorités publiques *« ne peuvent s'opposer à l'action de la commission ou de ses membres pour quelque motif que ce soit »*, et plus explicitement encore, le décret du 28 décembre 1979 a précisé dans son article 3, que *« les agents de la commission appelés, dans le cadre de l'exécution de leur mission, à prendre connaissance d'informations classifiées au titre de la protection du secret de la défense nationale doivent y être habilités par le Premier ministre »*.

Ce dispositif est très remarquable dans la mesure où il donne à la CNIL (par l'intermédiaire de certains de ses membres et de ses agents) une prérogative vis-à-vis du secret de défense que la pratique administrative et contentieuse refuse à tous les magistrats, tant de l'ordre judiciaire

qu'administratif (cf. *supra*) et à d'autres autorités administratives indépendantes. C'est notamment l'une des grandes différences existant, de ce point de vue, avec les dispositions relatives à la Commission d'accès aux documents administratifs qui ne possède pas de pouvoir spécifique lui permettant d'obliger l'administration à lui communiquer un document classifié [62]. C'est pourquoi également, s'est rapidement posée la question de compatibilité entre les deux procédures (devant la CNIL et devant la CADA) en ce qui concerne l'accès des citoyens aux documents administratifs nominatifs que l'administration tend à considérer comme confidentiels. L'incertitude en la matière a été tranchée par le Conseil d'État dans un arrêt *Bertin* de 1983 qui a affirmé la prééminence de la procédure devant la CNIL [63] (choix que l'on peut, justement, expliquer par la portée supérieure des pouvoirs des membres de la CNIL en ce qui concerne l'accès à des informations confidentielles).

Les quelques témoignages disponibles s'agissant des contrôles effectués par la CNIL dans les services de contre-espionnage, paraissent indiquer que ces contrôles – à défaut d'être exhaustifs et très fouillés – sont généralement effectués dans de bonnes conditions et sans que des problèmes particuliers aient été enregistrés [64]. L'amiral Lacoste, indique pour sa part que lorsqu'il dirigeait la DGSE et *« que la CNIL m'a demandé des comptes, mon premier étonnement passé, je puis dire avec le recul qu'elle m'a aidé à clarifier les domaines dans lesquels je pouvais agir en toute liberté ou non. J'ai eu l'impression d'un progrès »* [65].

Mais s'il s'avère que dans la pratique, ces contrôles se sont généralement bien déroulés, il faut remarquer néanmoins qu'ils n'ont pas empêché – comme nous l'avons vu – qu'apparaissent des retards importants dans la légalisation des fichiers des services de renseignement, ni que certaines dérogations accordées à ces services concernant la collecte de données sensibles ne donnent lieu à une forte controverse.

Toujours est-il qu'aussi imparfait qu'il soit, ce contrôle des fichiers classifiés décidé en 1978-1979 a créé un précédent essentiel en prouvant qu'il était possible de confier à une autorité administrative indépendante une possibilité d'accès au secret et aux moyens des services de sécurité, alors même que cet accès demeurait interdit aux juridiction. C'est cet exemple qui fut repris comme modèle en 1991 pour instituer les pouvoirs de la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS).

Le contrôle des interceptions de sécurité par la CNCIS

Nous avons vu (cf. *supra*, chapitre 9) que la loi du 10 juillet 1991 qui protège le secret des télécommunications a fixé les conditions auxquel-

---

[62] Tout au plus a-t-on rapporté que dans l'affaire des Irlandais de Vincennes, un agent de la CADA a peut-être été autorisé par le ministre concerné, à prendre connaissance d'un document classifié (cf. *supra*, chapitre 10).

[63] CE, 19 mai 1983, *Bertin*, Rec. p. 207.

[64] Cf. notamment le témoignage de Jean Mialet, conseiller-maître à la Cour des comptes et membre de la CNIL en 1990 qui fut notamment chargé d'effectuer le contrôle des fichiers des RG et de la Gendarmerie (cf. *Le Monde*, 7 mars 1990, p. 18).

[65] Table-ronde « À propos d'un contrôle du renseignement », *Les Cahiers de la Sécurité Intérieure*, IHESI, La Documentation française, n° 30, quatrième trimestre 1997, p. 141.

les pouvaient être cependant réalisées des *« interceptions de sécurité »* pour le compte des services de sécurité et de contre-espionnage. L'une des particularités de cette loi est également d'avoir soumis la mise en œuvre de ces interceptions au contrôle direct d'un organisme administratif indépendant : la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS), qui se trouve ainsi en mesure de connaître et d'apprécier certains des moyens clandestins parmi les plus secrets auxquels recourent les services de contre-espionnage.

Cette Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité a été créée par l'article 13 de la loi de 1991 en vue de veiller à l'application par les services concernés des obligations fixées par cette loi (en particulier, s'assurer que le motif de l'interception est bien couvert par les dispositions de son article 3, et que la procédure respecte bien les conditions administratives et de délai prévues). Elle comporte un effectif très restreint de trois personnes : un président choisi par le Président de la République sur une liste établie conjointement par le vice-président du Conseil d'État et le premier Président de la Cour de cassation, un député et un sénateur choisis par les présidents respectifs de leurs Assemblées.

Il s'agit, selon les termes mêmes de la loi, d'une autorité administrative indépendante, disposant de garanties statutaires visant à lui assurer l'indépendance (inamovibilité de ses membres, incompatibilité avec des fonctions gouvernementales, non-renouvellement du mandat).

Pour prendre connaissance des informations qu'elle a pour vocation de contrôler, la Commission est dotée de moyens juridiques significatifs puisque la loi oblige le Premier ministre à lui transmettre dans les quarante-huit heures toute décision de mise en œuvre d'une interception (art. 14) et qu'elle peut, par ailleurs, procéder unilatéralement au contrôle de toute interception en cours *« de sa propre initiative ou sur réclamation de toute personne y ayant un intérêt direct et personnel »* (art. 15).

En revanche, il est clair que la Commission ne possède pas de pouvoirs de décision équivalents à ses pouvoirs d'investigation. Lorsqu'elle a pris connaissance d'une interception, elle ne peut qu'adresser au Premier ministre *« une recommandation tendant à ce que cette interception soit interrompue »* (art. 14 et 15).

Les rapports de la CNCIS nous donnent quelques informations relatives à l'importance et à l'impact de ses recommandations. En 1991 et 1992, sur une centaine de cas potentiellement litigieux étudiés, 11 recommandations défavorables ont ainsi été transmises au Premier ministre, lesquelles ont été suivies d'effet à deux exceptions près [66]. En 1993, une vingtaine de cas a amené la CNCIS à différer son avis en vue d'obtenir de plus amples informations des services concernés et une vingtaine d'autres interceptions l'a amenée à recommander une vérification approfondie de leur « production » durant une période probatoire de quinze jours. Les services ou le Premier ministre ayant dans la plupart des cas retiré leur décision, seuls 4 cas ont fait l'objet d'une décision explicite du Premier ministre de maintien de l'interception en opposition

[66] CNCIS, *1er rapport d'activité*, La Documentation française, 1993, p. 149.

avec l'avis de la Commission [67]. Et en 1995 et 1996, ce furent respectivement 43 et 26 avis négatifs qui furent rendus par la CNCIS et qui furent dans leur très grande majorité suivis par le Premier ministre [68].

Mais le principal moyen de contrôle de la Commission provient de sa capacité d'accéder aux informations classifiées relatives aux interceptions. Certes, la loi de 1991 ne le dit pas explicitement et se contente de rappeler dans son article 13 que *« les membres de la commission sont astreints au respect des secrets protégés par les articles 75 et 378 du Code pénal pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions »*.

Pourtant en soumettant ainsi explicitement les membres de la Commission au respect du secret de défense et au secret professionnel, cette disposition nous indique indirectement que les membres de la Commission sont amenés à connaître, dans l'exercice de leurs fonctions, des informations classifiées. Cette constatation nous paraît conforme à la réalité des choses, puisque, par exemple, la loi prévoit expressément que la Commission reçoit communication de toutes les demandes d'interception (art. 14), lesquelles en pratique sont nécessairement classifiées [69]. À cela s'ajoute, le fait que l'article 15 donne à la CNCIS le pouvoir de *« procéder au contrôle de toute interception de sécurité »*, ce qui l'amène, sans doute, nécessairement à se faire communiquer des informations qui doivent, le plus souvent être classifiées, à savoir les enregistrements et les transcriptions de ces interceptions, ainsi qu'à pouvoir requérir auprès des services demandeurs des explications sur les motifs – également confidentiels – de ladite interception [70]. Tout cela a d'ailleurs été abondamment confirmé à l'occasion de l'affaire des écoutes « sauvages » pratiquées par la cellule antiterroriste de la Présidence de la République, qui a amené en 1993 M. Paul Bouchet, président de la CNCIS, à invoquer devant le juge d'instruction le secret de défense qui couvriraient les informations obtenues par la Commission au cours de ses investigations sur le sujet [71].

Mais si l'article 13 souligne la possibilité pour les membres de la Commission d'accéder à des informations classifiées et l'obligation pour eux – dans ce cas – d'en assurer la protection, il ne semble pas qu'on puisse l'interpréter comme donnant à la CNCIS un droit à avoir accès à toutes les informations classifiées dont ses membres pourraient souhaiter avoir connaissance (ce qui créerait, corrélativement, une obligation pour

---

[67] CNCIS, 2e rapport, *op. cit.*, p. 16.

[68] CNCIS, *5e rapport d'activités 1996*, La Documentation française, 1997, p. 14.

[69] Cf. par exemple, la reproduction des documents administratifs utilisés pour les « demandes de construction » à destination du GIC, lesquels sont revêtus de la mention « secret-défense » (Jaqueline Denis-Lempereur, « Les oreilles de l'État », *Science & Vie*, n° 897, juin 1992, photos reproduites en p. 105). Dans le même sens, le rapport de la Commission Schmelk avait constaté que, lors de la procédure de demande d'une interception, le ministre des PTT n'a connaissance que de la ligne à écouter sans recevoir *« d'explication sur l'identité de l'abonné à écouter ni sur la justification de l'écoute. De telles indications relèvent en effet de la protection attachée au secret-défense »* (reproduit in CNCIS, 1er rapport, *op. cit.*, p. 67).

[70] Lors des auditions réalisées par la Commission Schmelk, le directeur de la DGSE avait, notamment, précisé que *« la notion de secret-défense recouvre pour son service tant les motifs d'une interception que l'identité même des personnes mises en surveillance »* (reproduit in CNCIS, 1er rapport, *op. cit.*, p. 67).

[71] Cf. *Le Monde*, 4 décembre 1993, 20 janvier 1994 et 16 mars 1994; CNCIS, 2e rapport, *op.cit.*, p. 23.

les services concernés de les leur livrer sans pouvoir leur opposer les règles de protection du secret). La seule obligation, en effet, imposée à l'administration dans ce domaine, est contenue dans l'article 16 qui dispose simplement que *« les ministres, les autorités publiques, les agents publics doivent prendre toutes mesures utiles pour faciliter l'action de la Commission »*. Cette rédaction ne paraît imposer aux services qu'une exigence très générale de célérité et de coopération, sans que ses termes puissent signifier qu'elle implique la levée systématique du secret sur toutes les informations concernées.

La combinaison de ces dispositions semble ainsi situer – en ce qui concerne l'accès au secret – la CNCIS dans une situation proche de celle de la CNIL et donc différente de celle de la CADA, à laquelle la loi n'ouvre aucune possibilité de connaître de documents classifiés. En revanche, tant la CNIL que la CNCIS possèdent un droit d'accès au secret moins large que celui reconnu à la nouvelle Commission consultative du secret de la défense nationale, créée en 1998.

Une commission consultative pour contrôler le secret de défense

La création par la loi du 8 juillet 1998 d'une commission consultative sur le secret de défense n'a pas été seulement une réponse politique à un risque de discrédit engendré par des affaires sulfureuses (dont l'une des plus caractéristiques de ces dernières années est relative aux écoutes de l'ancienne *« cellule antiterroriste »* de l'Élysée, cf. *supra*), elle découle aussi de la modernisation de notre droit et, en particulier de celle de notre code pénal.

Si en effet l'article 413-9 nCP ouvre à terme, nous semble-t-il, des voies nouvelles aux magistrats pour apprécier la réalité du secret de défense qu'invoque l'État pour couvrir ses activités de renseignement et de sécurité, il est clair que le passage à un tel contrôle juridictionnel direct sera long et progressif (ne serait-ce qu'en raison de lourdes réticences politiques et psychologiques) et qu'il faudra définir avec attention les conditions dans lesquelles ce contrôle pourra s'exercer sans porter atteinte aux nécessités légitimes de la défense nationale. C'est pourquoi nous avons été parmi les premiers à suggérer de recourir à une solution intermédiaire, à savoir le recours à une autorité administrative indépendante [72].

Reprenant à son compte ces propositions, le Conseil d'État recommanda à son tour dans son rapport public pour 1995 *« la création d'une Commission nationale du secret-défense »* [73]. L'idée centrale était de créer *« entre l'espace de transparence et celui du secret, (...) un « sas » qui soit aussi un filtre, permettant de favoriser les échanges tout en assurant les étanchéités nécessaires »*. Indirectement aussi, une telle institution présentait l'avantage de satisfaire au besoin de renforcement du contrôle sur la

[72] Cf. notamment notre thèse, Bertrand Warusfel, *Le secret de la défense nationale – Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, thèse, Université Paris V, 1994, pp. 491 et 494.

[73] Conseil d'État, *Rapport public 1995*, La documentation française, 1996, p. 143.

pratique du secret de défense sans permettre néanmoins l'accès direct du juge au secret.

C'est très exactement ce projet qui a été voté en juillet 1998. Cette loi du 8 juillet 1998 créé donc la commission consultative du secret de la défense nationale, autorité administrative indépendante chargée de donner un avis au Gouvernement sur toute demande d'une juridiction française concernant l'accès à un document ou à une information classifiée [74]. Et, par là, une nouvelle étape est franchie dans le contrôle indépendant de nos systèmes de défense et de sécurité (après les précédents de la Commission nationale de l'informatique et des libertés depuis 1978, puis de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité depuis 1991).

Les principes du contrôle

Le contrôle établi par la loi de 1998 a suivi les orientations reprises dans le rapport du Conseil d'État : il est exercé par une autorité administrative indépendante ayant une mission purement consultative mais disposant de quelques moyens juridiques contraignants pour inciter l'administration à faire un usage légitime du secret de défense.

Une autorité administrative indépendante

La commission consultative en charge du contrôle du secret de défense est explicitement dénommée « *autorité administrative indépendante* » dans la loi. Elle dispose donc de moyens propres (budget, personnel) et ses membres sont inamovibles, ce qui lui donne une autonomie matérielle et hiérarchique vis-à-vis de l'État, tout en restant – comme les autres autorités de même nature – un simple démembrement de l'État dépourvu de toute personnalité juridique et exercant une activité de contrôle non juridictionnelle.

Ce statut volontairement ambigu d'autorité administrative indépendante a été choisi en connaissance de cause par les rédacteurs de la loi qui voulaient explicitement interposer une structure intermédiaire entre la demande du juge et la décision gouvernementale. Du même coup, ce choix – que nous approuvons, pour notre part, en tant qu'il nous parait constituer une « *voie intermédiaire* » vers un véritable contrôle juridique du secret de défense – a été dès l'origine critiqué par certains qui ironisent sur cette forme de « *contrôle contrôlé* » [75].

Mais plus importante sans doute que le principe de l'autorité administrative indépendante, il faut souligner que sa composition fait finalement une place significative à des parlementaires (deux membres – l'un de chaque assemblée – sur cinq), alors que le projet originel du Gouvernement ne prévoyait que la présence de magistrats. Il faut, certainement voir là une retombée directe de l'expérience réussie de la CNCIS qui, depuis 1991, associe deux parlementaires au contrôle des interceptions de

[74] Loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale, *JORF*, 9 juillet 1998, pp. 10488-10489.

[75] Cf. le débat reproduit in *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n° 30, 4/1997, pp. 146-154. Notons qu'il est vrai que les premières décisions de la commission, en particulier dans l'affaire des écoutes de l'Élysée (cf. *supra*) n'ont pas été empreintes d'une grande audace.

sécurité. Certes, durant les débats, il a été parfois soutenu qu'une telle tâche de contrôle dans des matières aussi sensibles pouvait s'avérer en contradiction avec la nature même des fonctions d'élu et la nécessaire transparence qu'imposent celles-ci, mais dans le même temps, l'idée d'un contrôle des questions de renseignement fait aussi son chemin (cf. *infra*). Il fallait donc que le Parlement et le Gouvernement fasse un choix. Ils ont finalement opté pour l'extension au contrôle du secret de la participation parlementaire. Cela ne peut qu'avoir un impact favorable sur la légitimité politique et la neutralité de ce nouveau mécanisme de contrôle.

Également discuté fut le profil du président de la commission. Le premier projet prévoyait que serait nommé, de plein droit, à ce poste, le magistrat exerçant déjà la présidence de la CNCIS. Mais ce principe de la présidence commune avait finalement différents inconvénients. Outre une indiscutable rigidité, il créait une fausse symétrie entre deux fonctions proches, mais distinctes, puisque si la CNCIS peut accéder au secret, c'est uniquement pour statuer sur la légalité d'une interception, alors que le contrôle de la nouvelle commission porte spécifiquement sur le secret en lui-même. Le précédent du refus de témoigner de M. Paul Bouchet, alors président de la CNCIS, montrait d'ailleurs quelles difficultés aurait pu rencontrer un président commun (qui aurait pu être consulté sur la consistance d'un secret qu'il aurait refuser de transgresser, au titre de ses autres fonctions à la CNCIS). Là encore, la sagesse des travaux parlementaires fit reculer cette idée de présidence commune.

Un rôle consultatif et indirect

Pour éviter de remettre en cause, par cette réforme, le pouvoir régalien de classification de l'État, la mission confiée à la commission est de nature purement consultative. Cela a été longuement rappelé durant les travaux parlementaires, au point que les parlementaires ont fait voter un amendement ajoutant l'adjectif *« consultative »* à la dénomination officielle de la commission.

Ce caractère consultatif n'est pas inhabituel dans le domaine des autorités administratives indépendantes (cf. notamment le pouvoir d'avis de la CNIL ou de la CADA). Mais, dans le cas de la nouvelle commission, ce pouvoir d'avis est explicitement limité à ce que les juristes appellent la procédure d'« avis obligatoire », par opposition à la procédure d'« avis conforme » (où l'administration est tenue par le contenu de l'avis rendu, ce qui donne à l'autorité consultée un rôle de co-décision, comme c'est le cas en ce qui concerne le rôle de la CNIL vis-à-vis des traitements du secteur public).

Pour accentuer l'autonomie que veut conserver le Gouvernement par rapport à l'intervention de la commission, la loi prévoit un mode de saisine indirect. En effet, l'article 4 précise que la juridiction souhaitant obtenir l'éventuelle déclassification au fin de communication d'une information, doit saisir l'autorité administrative concernée, qui aura seule la charge de saisir la commission. Si cette étape intermédiaire entre la juridiction et la commission doit être sans conséquences (puisque nous verrons ci-dessous que l'autorité a l'obligation de saisir la commission), elle est cependant symbolique du désir du législateur de ne pas permettre un dialogue direct entre le juge et la commission et de cantonner celle-ci

dans un rôle indirect de conseiller du Gouvernement, et de lui refuser toute mission d'auxiliaire de la justice.

Tout au plus, ce caractère consultatif et indirect donné à l'intervention de la commission – qui laisse toute liberté de décision finale à l'État – est-il tempéré par quelques dispositions contraignantes de la loi qui s'imposent à l'administration.

Quelques dispositions contraignantes

La première disposition contraignante est justement le caractère obligatoire de la saisine de la commission, l'autorité administrative à laquelle est transmise la demande de déclassification et de communication ayant l'obligation de saisir sans délai la commission (art. 4, 3e al.). Sur ce point, la loi n'a pas retenu l'amendement qui avait été voté par le Sénat, selon lequel l'autorité administrative aurait eu l'alternative soit de saisir la commission, soit de donner immédiatement son accord à la déclassification demandée, rendant alors cette saisine inutile. Cette disposition aurait sans doute pu constituer une incitation à la déclassification préventive de certains documents par l'administration avant que la commission ne le recommande elle-même (et en ce sens, elle aurait pu avoir un effet pratique favorable). Mais elle aurait eu le grave désavantage d'atténuer le caractère automatique (et donc contraignant) de la saisine de la commission par l'administration, ce qui reste l'un des principaux points forts de cette réforme.

Une fois l'administration contrainte de saisir la commission, elle doit ensuite respecter les pouvoirs attribués à celle-ci. Il s'agit, pour l'essentiel, du droit reconnu par l'article 5 à ses membres de *« connaître de toute information classifiée »*, ce qui est l'essence même du rôle de la commission, laquelle est chargée, d'une certaine façon, d'exercer – pour le compte de la juridiction concernée – une sorte de *« droit d'accès indirect »* (tel que le pratique la CNIL s'agissant des fichiers de défense dans le cadre de l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978). À cela s'ajoute un pouvoir particulier d'*« investigation »* confié par le premier alinéa de l'article 5 au seul président de la commission. Le contenu de ce pouvoir demeure quelque peu mystérieux, mais d'après les travaux parlementaires et par analogie au précédent de la CNCIS, il semble bien que cela doit lui permettre d'aller au-delà du simple accès à l'information classifiée, pour effectuer – par exemple – des auditions ou des visites. Mais, l'on peut interpréter cette différentiation ainsi introduite entre les moyens d'action des membres et du président comme la marque de la volonté du législateur de cantonner le travail de la commission et d'éviter qu'elle ne se lance – en formation plénière – dans de véritables travaux d'enquête ou d'expertise susceptibles de déstabiliser certains secteurs sensibles.

Enfin, et logiquement, le prononcé de l'avis et sa diffusion font l'objet de différentes règles obligatoires. La commission doit formuler son avis dans un délai de deux mois à compter de sa saisine (art. 7, 1er al.) et – surtout – l'administration à laquelle elle a transmis cet avis a l'obligation d'en transmettre le sens à la juridiction concernée et de publier parallèlement celui-ci (art. 8). Par *« sens de l'avis »*, il faut entendre la teneur de la recommandation formulée par la commission, à savoir l'un des trois choix suivants : avis défavorable à la déclassification, avis

favorable à celle-ci ou favorable à une déclassification partielle (art. 7, 3e al.). Ainsi, la commission peut espérer pouvoir user d'un pouvoir d'influence et du caractère dissuasif que représente nécessairement, dans l'opinion, la formulation d'un éventuel avis favorable.

Mais là encore, en ne prévoyant qu'une publicité partielle (qui exclut celle des motifs détaillés de l'avis), la réforme vise tout à la fois à éviter toute atteinte abusive au secret légitime (qui pourrait être partiellement compromis par la connaissance d'un avis trop précis) et à laisser à l'autorité gouvernementale une plus grande marge de liberté vis-à-vis de l'avis rendu. De plus, les membres de la commission demeurent tenus au respect du secret de défense (comme cela est également le cas pour ceux de la CNCIS ou de la CNIL) ce qui a pour effet de les empêcher de révéler le contenu et les conclusions des investigations qu'ils mèneront.

Les limites du nouveau dispositif de contrôle

Bien que cette nouvelle commission n'ait encore rendue que quelques avis [76], on peut déjà relever certaines limites structurelles du dispositif de contrôle dont la commission consultative du secret de la défense nationale est désormais le pivot.

La première difficulté qui devrait surgir pourrait provenir de l'articulation qu'il faudra bien assurer entre l'intervention de cette commission consultative du secret de défense et celles des autres autorités administratives indépendantes. En premier lieu, se pose le cas de la CNCIS dont la mission est directement liée à celle du secret de défense (puisque toutes les interceptions sont classifiées). Mais l'articulation pourra également poser quelques difficultés avec d'autres instances, comme la CADA (qui a également la tâche de refuser l'accès aux documents administratifs classifiés, sans pouvoir – pour autant – y accéder), la CNIL ou encore le Conseil supérieur de la déontologie de la sécurité, qui est chargé d'intervenir dans les affaires concernant les forces de police et de sécurité publique.

Mais, plus profondément les limites du contrôle institué par la réforme de 1998 sont celles que le législateur a voulu explicitement fixer à l'étendue du rôle de la commission.

Limitation des cas de saisine, tout d'abord : le projet s'est cantonné à prévoir le cas des demandes de juridictions françaises (ce qui exclut – logiquement – les juridictions étrangères ou internationales) alors que – comme l'avaient souhaité les sénateurs en première lecture – il aurait pu être également utile de saisir la commission lorsque le secret de défense est opposé à une commission parlementaire (conformément à l'ordonnance du 17 novembre 1958). De même, avions-nous envisagé aussi le cas d'une saisine pour consultation avant un projet de publication (par un organe de presse, par exemple) d'une information sensible susceptible de faire

[76] Commission consultative du secret de la défense nationale, Avis n° 99-01 du 16 avril 1999, *JORF*, 30 avril 1999, p. 6508 (affaire « consorts Duplessis »); Avis n° 99-02 et 99-03 du 28 mai 1999, *JORF*, 13 juin 1999, p. 8681 (affaire des « Écoutes de l'Élysée »); Avis n° 99-04 du 28 mai 1999, *JORF*, 10 août 1999, p. 12083.

l'objet d'une classification [77]. Mais en cherchant ainsi à limiter l'intervention de la commission aux seules affaires contentieuses, la loi de juillet 1998 risque, en réalité, d'aboutir à l'effet inverse de celui recherché et à inciter les personnes intéressées à agir directement par la voie juridictionnelle, alors que toute la logique de la réforme administrative contemporaine tend à privilégier les voies amiables et précontentieuses. Là ou le système fédéral américain a mis en place – avec le Freedom of Information Act (FOIA) – un dispositif administratif de requête en déclassification d'informations et où, pour sa part, la jurisprudence administrative a confirmé que la saisine de la CADA demeurait un préalable obligatoire à tout recours contentieux relatif à la communication d'un document administratif [78], l'excessive prudence de cette loi va peut-être stimuler les recours juridictionnels, puisque la voie contentieuse est le seul moyen de faire se prononcer la nouvelle commission.

La seconde limitation concerne ce que la commission peut préconiser dans son avis. À l'origine, le projet de loi gouvernemental ne prévoyait que le choix entre la déclassification totale d'un document et son refus. Les amendements parlementaires ont réussi à introduire une troisième possibilité, celle de la déclassification partielle (pratique très en vogue aux États-Unis où de nombreux documents déclassifiés sont publiés recouverts de caches qui occultent certains mots ou passages du texte). Cette évolution va évidemment dans le bon sens, puisqu'elle offre une souplesse qui devrait éviter à la commission de se prononcer trop systématiquement pour le maintien au secret de documents dont l'essentiel du contenu mériterait une communication ouverte.

Mais un pas beaucoup plus substantiel n'a pas été franchi : il n'est pas possible, en effet, à la commission de proposer comme alternative à la déclassification (partielle ou totale) la simple communication, à titre confidentiel, à la juridiction d'une information qui demeurerait classifiée pour les tiers. L'ambiguïté sur ce point pouvait subsister à la lecture du texte initial du projet de loi qui confiait à la commission le soin de donner un avis sur *« la déclassification et la communication »* d'une information classifiée. Mais le texte final de l'article 4 précise que c'est la juridiction qui demande ensemble la déclassification et la communication (ce qui semble exclure toute possibilité de saisine de la commission dès lors que la juridiction ne demanderait que la communication sans la déclassification) et les débats parlementaires ont rejeté toute interprétation permettant à la commission de recommander la communication confidentielle sans déclassification.

Les motifs de ce refus sont toujours identiques : respect du contradictoire (l'une des parties au contentieux se verrait refuser l'accès à une information du dossier) et la non-habilitation des magistrats. Il nous parait pourtant que cette position est juridiquement discutable (puisqu'un tel accès du juge au secret se pratique dans certains cas) et qu'elle possède le grave inconvénient de priver notre système juridique d'une modalité

---

[77] Cf. notre audition devant la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat, document n° 337, séance du 5 mars 1998, p. 49.

[78] Cf. CE Sect., 19 février 1982, *M^me^ Commaret*, Rec. p. 78, concl. Dondoux, *AJDA*, A 982, p. 375.

intermédiaire conciliant justice et sécurité et que plusieurs pays ont retenu depuis longtemps (en particulier les États-Unis où les cours pratiquent les examens « *in camera* » et disposent d'une procédure légale organisant la présentation en justice d'informations classifiées, le *Classified Information Procedures Act* [79]).

On doit donc considérer la loi du 8 juillet 1998 comme une simple étape dans la modernisation de nos institutions de défense et dans la meilleure conciliation entre leurs impératifs de sécurité et ceux d'un État de droit. Son entrée en vigueur a marqué une étape importante et significative, notamment par sa portée symbolique. Néanmoins, il est très vraisemblable que les différentes limites qui ont été imposées au nouveau système de contrôle vont contraindre celui-ci à évoluer rapidement et à se rapprocher d'un réel contrôle juridictionnel de l'usage du secret de défense.

VERS UN CONTRÔLE PARLEMENTAIRE DES ACTIVITÉS DE RENSEIGNEMENT

Les rapports des Parlements avec les questions de renseignement et de contre-espionnage ont toujours été délicats pour la simple raison qu'un Parlement est un lieu, par excellence, du débat public, de l'information démocratique et du contrôle de l'exécutif, avec tout ce que cela comporte comme désir de transparence de l'action administrative.

Un contrôle parlementaire jusqu'à présent inexistant

Les annales historiques foisonnent d'exemples d'affrontement entre les parlementaires et les gouvernements à propos de certaines affaires secrètes.

Même aux États-Unis, peu d'années après la guerre d'Indépendance et la mise en place de la Constitution, George Washington en personne refusa de fournir à la Chambre des Représentants des documents relatifs au traité signé avec l'Angleterre en 1794 [80]. En France, durant la monarchie de juillet, c'est Guizot qui livre aux chambres de fausses correspondances diplomatiques lors de l'épisode des « *mariages espagnols* » en 1847 [81]. En Grande-Bretagne, à la fin du XIX^{e} siècle, le gouvernement utilisait un système de double correspondance, ce qui faisait que « *deux dépêches portent souvent le même numéro, ce qui permet de soustraire au contrôle du Parlement les rapports secrets* » [82].

Mouvement d'antiparlementarisme ou survivance de pratiques autocratiques ? Toujours est-il que depuis l'origine des Parlements, ceux-ci ont toujours eu des difficultés à convaincre de leur aptitude à prendre

---

[79] *Classified Information Procedures Act*, Pub. L. 96-456, Sec. 9, 15 octobre 1980.

[80] Cf. S. Cohen, « Le contrôle parlementaire de la politique de défense nationale et de l'institution militaire en France et aux États-Unis » in Lucien Mandeville (sous la dir.), *Le système militaire des États-Unis*, Institut d'Études politiques de Toulouse, Jean-Pierre Delarge, éditeur, 1976, p. 169.

[81] Lieutenant A. Froment, *L'espionnage militaire – Les fonds secrets de la guerre et le service des renseignements en France et à l'étranger*, Éditions F. Juven, 1897, p. 250

[82] *Ibid.*

connaissance d'informations secrètes. Pourtant le droit parlementaire français et étranger a imaginé différents systèmes permettant aux parlementaires d'apporter des garanties de confidentialité. Mais les résultats – particulièrement pour la France – ont toujours été décevants.

La désuétude des comités secrets

Pour éviter d'être ainsi laissé à l'écart de la connaissance des informations diplomatiques, politiques ou militaires importantes, les Parlements ont largement usé de la procédure des *« comités secrets »*, censés apporter suffisamment de garantie de confidentialité à leurs débats pour éviter que les Gouvernements puisse omettre de les informer. Le principe en est simple : la réunion de l'Assemblée concernée en séance a lieu hors de la présence du public et sans compte-rendu officiel diffusé à l'extérieur.

En France, la procédure des comités secrets fut utilisée, principalement, durant la Première Guerre mondiale entre juin 1916 et octobre 1917 [83], en raison de la gravité de la situation militaire.

Mais, même durant cette période particulièrement tragique dans laquelle les différentes composantes de la classe politique pratiquaient l'union sacrée contre l'adversaire, le système des comités ne fut pas exempt de reproches. Beaucoup d'observateurs – notamment par l'opposition nationaliste antiparlementaire – critiquaient ces comités secrets *« dont les comptes-rendus étaient trop souvent divulgués »* [84].

Cela déboucha le 14 mars 1917 sur la démission spectaculaire du général Lyautey, alors ministre de la Guerre, après qu'en séance publique à la Chambre dans un débat consacré à l'organisation naissante de l'aviation, il ait déclaré :

> *« vous admettrez que je ne vous suive pas sur le terrain technique, comme mes officiers on dû le faire, parce que, même en comité secret, je regarde, en pleine responsabilité, que c'est exposer la défense nationale à des risques pleins de périls. »* [85]

Par là, le ministre et homme de guerre mettait publiquement en doute l'efficacité d'une procédure parlementaire, et par derrière celle-ci, la discrétion et la patriotisme des élus.

Même si la procédure n'a plus été réellement utilisée depuis lors, et a connu une quasi-désuétude, les comités secrets sont toujours prévus par les textes constitutionnels. Depuis le début de la V^e^ République, par exemple, l'article 33 de la Constitution prévoit que *« chaque Assemblée peut siéger en comité secret à la demande du Premier ministre ou d'un dixième de ses membres »*.

Le réglement intérieur du Sénat prévoit cette possibilité dans son article 32.5, tandis que celui de l'Assemblée y consacre son article 51.

---

[83] Cf. Paul Allard, *Les dessous de la guerre révélés par les comités secrets*, Les Éditions de France, 1932; Abel Ferry, *Les carnets secrets (1914-1918)*, Grasset, 1957, pp. 142-199.

[84] Jacques Bainville, *La Troisième République - 1870/1935*, Fayard, 1935, p. 290.

[85] Lyautey : *Paroles d'action - Madagascar, Sud oranais, Oran, Maroc (1900-1926)*, Armand Colin, 4^e^ édition, 1944, p. 215; Sur le même épisode : André Le Révérend, *Lyautey*, Fayard, 1983, p. 393.

L'élaboration de ce dernier texte donna, d'ailleurs, lieu à une décision du Conseil constitutionnel qui déclara un premier projet inconstitutionnel en 1959 au motif

> *« que les dispositions de ce texte, qui portent que l'Assemblée siège en comité secret à la demande du Premier ministre, sont contraires à l'article 33, alinéa 2 de la Constitution, qui laisse à l'Assemblée, saisie de la demande du Premier ministre ou du dixième de ses membres tendant à ce qu'elle siège en comité secret, la faculté, dans les deux cas, de se prononcer sur l'opportunité de cette procédure. »* [86]

L'article 51 prévoit donc, désormais que la réunion en comité secret est décidée *« par un vote exprès et sans débat émis à la demande du Premier ministre, soit d'un dixième de ses membres. »* [87] De même, son dernier alinéa précise que *« l'Assemblée décide ultérieurement de la publication éventuelle du compte-rendu intégral des débats en comité secret. À la demande du Gouvernement, cette décision est prise en comité secret ».*

Qu'il s'agisse donc de la décision de siéger en comité secret votée sans débat, ou de celle de publier ses travaux, on voit bien que le législateur a voulu faire en sorte que les actes accompagnant le débat secret lui-même, soient eux aussi soumis à la plus grande discrétion.

Malgré ces efforts pour entourer la procédure des comités secrets d'un minimum d'attraits et d'efficacité, on peut considérer que cette pratique est totalement tombée en désuétude.

Le dernier parlementaire ayant évoqué le sujet a sans doute été le député socialiste Georges Fillioud qui en 1976, déposa une question écrite au Gouvernement à propos de la révélation de la présence en France d'agents de la CIA et exigeant du Gouvernement des explications :

> *« il lui demande avec insistance comme il l'a fait dans une précédente question sur un sujet voisin de faire au plus tôt une déclaration à ce sujet devant l'Assemblée nationale qui pour respecter la règle du secret des questions intéressant la défense nationale, peut siéger, aux termes de l'article 51 de son règlement, en comité secret. »* [88]

Le refus permanent des gouvernements de transmettre des informations classifiées au parlement

Comités secrets ou pas, l'attitude des Gouvernements successifs de la V^e^ République vis-à-vis du Parlement en matière d'informations sur les questions de défense a toujours été empreinte d'une grande réticence [89]. *À fortiori*, a-t-elle été totalement intransigeante concernant l'accès aux informations classifiées et, particulièrement, celles relatives aux affaires de renseignement et de contre-espionnage.

L'un des meilleurs exemples de cette situation peut être trouvé dans l'incident provoqué lors de la discussion au Sénat du budget pour 1972

---

[86] Conseil constitutionnel, décision 59-2 DC, 17/18 et 24 juin 1959, Rec. 58.

[87] Une disposition analogue existe, concernant le Sénat, dans l'article 32 de son règlement.

[88] Reproduit dans *Libération*, 15 janvier 1976.

[89] Sur le sujet, cf. S. Cohen, « Le contrôle parlementaire de la politique de défense », *RDP*, 1977, n° 2.

par quelques sénateurs de l'opposition qui déposèrent un amendement visant à obliger le Gouvernement à faire un rapport détaillé sur l'organisation et le fonctionnement du SDECE devant une commission parlementaire *ad hoc* composée à la fois de députés et de sénateurs. Cette initiative avait été prise à la suite de la révélation par la presse de l'affaire Delouette et d'une possible implication de ce service dans un trafic de drogue avec les États-Unis.

Cela donna l'occasion à M. Debré, alors ministre d'État chargé de la défense nationale, de préciser la conception qu'il avait de l'information du Parlement en matière d'activités gouvernementales couvertes par le secret de défense :

> *« Je suis prêt à venir devant la commission de la défense nationale pour expliquer les grandes lignes de l'organisation du service; je suis même prêt à indiquer les missions générales du service; ce n'est pas du domaine du secret.* (...) *Vais-je ouvrir les dossiers? En aucune façon. Je préfère vous dire tout de suite que je resterai silencieux et que quiconque ayant le sens de l'État, je dirais même le sens du respect que l'on doit à certains agents, ne pourrait que rester silencieux. Dès lors, qu'attendez-vous de moi? Que je vienne – je suis prêt à la faire – devant la commission compétente, expliquer les grandes lignes de ce service? Je peux même expliquer les grandes lignes de son travail, puisque cela ne touche en aucune façon, ni à la défense nationale, ni à la vie des individus. Ne m'en demandez pas plus. »* [90]

En cas de questions parlementaires, les ministres possèdent également eux-mêmes, la *« faculté de déclarer par écrit que l'intérêt public leur interdit de répondre »* [91]. Cette exception n'a pas été utilisée très fréquemment. Michel Ameller, grand connaisseur de la procédure parlementaire, n'en dénombrait qu'une dizaine de cas entre les années 1957 et 1964, la plupart à propos de questions touchant aux questions militaires (nombres d'appelés ou d'engagés, effectifs des troupes, effectifs des forces de maintien de l'ordre nombre de casernes, nombre de tués en Algérie, essais atomiques, programmes aéronautiques supersoniques civils) [92]. Mais, par exemple, en 1993, le ministre de l'économie, M. Edmond Alphandéry a refusé de répondre à la question orale de M. Yves Bonnet, député du Cotentin (mais aussi ancien directeur de la DST), quant à la position de son ministère sur l'autorisation d'exportation demandée pour la vente de sous-marins classiques au Pakistan :

> *« La confidentialité s'attache à ce genre de discussion.* (...) *Vous avez eu des responsabilités administratives dans le passé et vous comprendrez que ce genre de décision nécessite la confidentialité et la sérénité. C'est la raison pour laquelle je n'ai pas l'intention de vous répondre en public. »* [93]

---

[90] *JORF*, Débats, Sénat, séance du 2 décembre 1971, p. 2623.

[91] Article 139-3 du règlement de l'Assemblée nationale et article 75-2 du règlement du Sénat. Cf. David Ruzié, « Le nouveau règlement de l'Assemblée », *RDP*, 1959, p. 863.

[92] Cf. Michel Ameller, *Les questions, instrument du contrôle parlementaire*, LGDJ, 1964, p. 74.

[93] *Assemblée nationale*, Débats, 2e séance du 9 juin 1993, p. 1228.

Le cantonnement des commissions d'enquête

Le problème de la conciliation entre secret de défense et exercice du contrôle parlementaire s'est posé de façon particulièrement flagrante en ce qui concerne les commissions d'enquête et de contrôle dont l'existence était prévue par les réglements des Assemblées.

À plusieurs reprises des tentatives avaient eu lieu pour obtenir que les commissions parlementaires puissent obtenir des informations gouvernementales confidentielles. Ainsi, en 1972, lors du débat parlementaire sur le projet de loi portant statut général des militaires, trois députés, MM. Villon, Duroméa et Garcin, proposèrent un amendement à l'article 17 de ce texte afin que les militaires puissent être déliés de leur obligation de discrétion et de l'interdiction de communiquer des pièces à des tiers *« pour l'exercice de leurs droits de contrôle, à la demande des commissions parlementaires compétentes »* [94].

Cet amendement qui visait à permettre indirectement aux commissions parlementaires d'obtenir la collaboration des militaires dans leurs éventuels travaux d'investigation sur les questions de défense, fut – logiquement – repoussé, à la demande du Gouvernement, par la majorité parlementaire.

Un an plus tard, la création en juin 1973 au Sénat d'une commission de contrôle des services administratifs procédant aux écoutes téléphoniques, présidée par M. Marcilhacy et dont le rapporteur était M. Monory, fut un véritable cas d'école illustrant les limites du contrôle parlementaire.

Par avance, et dès le 19 juin 1973, lors d'un débat au Sénat sur le sujet, M. Olivier Stirn, secrétaire d'État représentant du Gouvernement avait mis en garde les sénateurs à propos du projet de création de cette commission : *« Si cette commission envisageait de se faire communiquer certains renseignements que le Gouvernement détient et qui sont couverts par le secret-défense, elle risquerait fort de ne pas atteindre ses objectifs »* [95].

Dans son rapport rendu finalement le 25 octobre 1973, la commission fit, en effet, état du refus de coopération du Gouvernement auquel elle s'était heurtée

> *« tant en ce qui concerne la possibilité d'accéder à certains documents entrant dans l'aspect de sa mission ou de visiter les installations du Groupement interministériel de contrôle (GIC) ou des centraux téléphoniques que d'entendre les membres du Gouvernement ou des fonctionnaires et magistrats susceptibles de lui apporter un maximum de renseignements. »* [96]

Elle fit également remarquer, dans ses conclusions, que

> *« le refus systématique du Gouvernement de venir devant la commission en invoquant, sans le justifier, le secret de la défense nationale ne peut être interprété que comme la reconnaissance d'un état de fait dont nous avons démontré l'illégalité. »* [97]

---

[94] *JORF*, Débats, Assemblée nationale, 1re séance du 3 mai 1972, p. 1288.
[95] Cité *in* CNCIS, *Premier rapport d'activité*, *op. cit.*, p. 25.
[96] CNCIS, *op. cit.*, p. 27.
[97] CNCIS, *op. cit.*, p. 30.

À l'issue de son travail, le président de la commission écrivit au Président de la République pour s'étonner de l'opposition effectivement rencontrée au nom du secret de la défense nationale et pour justifier le bien-fondé de la démarche de la commission :

« Au demeurant, notre attention porte sur les seuls mécanismes administratif, financier et technique des écoutes téléphoniques et nullement sur leurs résultats. Nous ne pensons pas que ces mécanismes puissent être couverts en temps de paix par le secret de la défense nationale, pas plus que ne l'est la nomenclature des matériels de guerre, même si les techniques avancées dont a bénéficié leur fabrication doivent rester secrètes. Nous redoutons que ce secret invoqué contre une commission sénatoriale ne serve, sans que la défense nationale puisse être en cause, à paralyser un contrôle parlementaire qui est l'essence même de la démocratie. » [98]

Finalement, la loi du 19 juillet 1977 – reprenant les grandes lignes d'une proposition de loi présentée en 1970 par M. Etienne Dailly [99] – a modifié l'article 6 de l'ordonnance de 1958 sur le fonctionnement des assemblées parlementaires [100] afin qu'il renvoie désormais à l'article 10 de la loi du 22 juin 1967 relative à la Cour des comptes et applique aux commissions d'enquête et de contrôle à la fois les mêmes droits d'enquête et les mêmes restrictions qu'aux commissions des finances, à savoir :

« Les rapporteurs des commissions d'enquête et de contrôle (...) sont habilités à se faire communiquer tous documents de service, à l'exception de ceux revêtant un caractère secret et concernant la défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure et extérieure de l'État. » [101]

D'autre part, cette même loi a introduit dans l'article 6 de l'ordonnance de 1958 un alinéa précisant que

« l'assemblée intéressée peut décider, par un vote spécial, et après s'être constituée en comité secret, de ne pas autoriser la publication de tout ou partie du rapport d'une commission d'enquête ou de contrôle. »

Ces textes ont subi depuis lors une modification formelle avec la disparition, par la loi du 20 juillet 1991, de la mention des commissions de contrôle au profit des seules commissions d'enquête.

Mais cette loi de 1991 a également introduit dans l'article 6 de l'ordonnance deux clauses spécifiques relative à la publicité des travaux des commissions [102] :

---

[98] Lettre de M. Marcilhacy à M. le Président de République en date du 12 septembre 1973 (reproduite pp. 104-105 du rapport final de la Commission de contrôle des services administratifs procédant aux écoutes téléphoniques, *Sénat*, 1973).

[99] Cf. Étienne Dailly, *Le Monde*, 17 juillet 1973.

[100] Loi n° 77-807 du 19 juillet 1977 modifiant l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des Assemblées parlementaires, en vue de préciser les moyens d'action des commissions d'enquête et de contrôle, *JORF*, 20 juillet 1970.

[101] Une restriction de même nature a été introduite par la loi n° 96-517 du 14 juin 1996 créant l'office parlementaire d'évaluation des politiques publiques.

[102] Cette loi a été adoptée à l'occasion de la création d'une commission d'enquête sur le financement des partis politiques décidée à la suite du scandale « Urba-Gracco » (cf. Bernard Chantebout, *Droit Constitutionnel et Science Politique*, Armand Colin, X[e] édition, 1991, p. 570).

« Les auditions auxquelles procèdent les commissions d'enquête sont publiques. Les commissions organisent cette publicité par les moyens de leur choix. Toutefois, elles peuvent décider l'application du secret; dans ce cas, les dispositions du dernier alinéa du présent article sont applicables.

Sera punie des peines prévues à l'article 378 du Code pénal toute personne qui, dans un délai de trente ans, divulguera ou publiera une information relative aux travaux non publics d'une commission d'enquête, sauf si le rapport publié à la fin des travaux de la commission a fait état de cette information. »

Avec ce dispositif législatif, la situation du contrôle parlementaire a le mérite de s'être éclairci. Les parlementaires y ont gagné dans de nombreux domaines des pouvoirs de communication forcée de pièces à l'encontre de l'administration. Mais en contrepartie, la loi a exclu explicitement les domaines secrets des pouvoirs d'investigation de la représentation nationale, les communications de documents classifiés étant éventuellement transmis, à titre personnel, *« à certains membres du bureau des commissions permanentes, donc, à cause de la composition politique de ces bureaux, à la majorité »* [103].

Certes, cette attitude gouvernementale hostile au partage du secret avec les élus de la nation, a été beaucoup critiquée, mais – paradoxalement – il n'est pas sûr que les parlementaires français auraient souhaité devoir respecter les strictes consignes de secret et de sécurité que l'on leur auraient imposé si ils avaient eu le droit d'accéder à des secrets de défense (comme cela se pratique aux États-Unis pour les membres de certaines commissions).

Les réticences des parlementaires face au secret

« J'avais demandé à vos services, Monsieur le ministre, de me fournir des éléments de comparaison avec d'autres pays. Bien entendu, ils m'ont été envoyés, mais assortis de la mention « top-secret », qui fleurit sur tous les papiers que l'on reçoit de votre ministère et je crois qu'il y a là quelques abus » [104] se plaignait un rapporteur parlementaire au ministre de la Défense en 1970, indiquant par là qu'il considérait qu'en lui communiquant directement des documents qui demeuraient classifiés, le ministre l'empêchait d'exercer son métier de débatteur et d'informateur de l'opinion.

Dans le même esprit et à des dates très proches, le député Hubert Germain souleva le problème de la présence de parlementaires au sein du comité des prix de revient des fabrications d'armement, comité réalisant des études de coût des programmes militaires pour le compte du Gouvernement [105]. Outre le fait que la présence de ces parlementaires lui semblait

---

[103] S. Cohen, *in* Institut d'Études politiques de Toulouse, *op. cit.*, p. 180.

[104] Remarque de M. Y. Coudé du Foresto, rapporteur de la commission des finances du Sénat au ministre de la Défense nationale, *Sénat*, Débats, séance du 5 novembre 1970, p. 1808.

[105] Sur ce Comité – créé par un décret du 14 avril 1966 – cf. Bernard Chantebout, *L'organisation de la défense nationale en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale*, LGDJ, 1967, p. 426.

contraire à la séparation des pouvoirs, puisque ce comité pouvait recevoir des instructions gouvernementales, M. Germain insistait sur la question du secret et des contraintes que cela pouvait créer pour les parlementaires qui en faisaient partie :

> *« La nature même des tâches de ce groupe de travail important est telle qu'elles relèvent du secret de la défense nationale, liant, par là même, les parlementaires à des règles très strictes en ce domaine. Ainsi, ayant reçu mandat soit de l'Assemblée nationale, soit du Sénat, ils sont dans l'impossibilité de rapporter les conclusions de leurs travaux et de rendre compte de ce qui peut constituer une exécution normale de leur mission parlementaire, à savoir le contrôle de l'action gouvernementale. Il pourrait arriver un jour que ces parlementaires, à propos d'un problème fondamental, se trouvent mal à l'aise avec ce secret. »* [106]

Le ministre d'État chargé de la Défense nationale, M. Michel Debré, lui répondit en lui proposant – sans supprimer le principe du secret – d'étudier une meilleure publicité des rapports du comité et une meilleure coordination de ses travaux avec les commissions des finances et de la défense.

Enfin, toujours au titre des critiques adressées à cette période au système en vigueur en matière de contrôle parlementaire, le professeur Roger-Gérard Schwartzenberg indiquait, lui aussi, que :

> *« La seconde restriction* [à l'activité des commissions d'enquête et de contrôle] *concerne l'obligation de secret. Tous les membres des commissions d'enquête et de contrôle, tous ceux qui, à un titre quelconque, assistent ou participent à leurs travaux, sont tenus au secret sous les peines de l'article 378 du Code pénal qui sanctionne la violation du secret professionnel. (...) L'Assemblée intéressée peut seule décider la publication de tout ou partie du rapport de ces commissions. Sans cela, l'opinion n'en connaîtra rien. Tout ce sera passé derrière un mur de silence entre « professionnels ». Comme si la politique constituait un domaine réservé à quelques spécialistes, à quelques initiés, où ne peuvent pénétrer les profanes, les simples citoyens. Comme si, en démocratie, la politique n'était pas l'affaire de tous et l'information le droit de chacun. Comme si la publicité n'était pas indispensable aux affaires publiques. »* [107]

Au total, voici quelques témoignages qui montrent à quel point les parlementaires et certaines voix de la doctrine se méfient d'un éventuel accès au secret qui serait accordé à des parlementaires et qui leur imposerait une retenue ou une obligation de loyalisme vis-à-vis du Gouvernement de nature à brimer leur libre arbitre et la séparation des pouvoirs.

La question du contrôle parlementaire des activités classifiées n'est donc pas toute simple. Si l'on conçoit que permettre au Parlement d'exercer un contrôle en ces matières compléterait l'équilibre des pouvoirs et constituerait une garantie supplémentaire contre la *« maladministration »*

---

[106] *Assemblée nationale*, Débats, séance du 6 octobre 1970, pp. 4115 et 4116.

[107] Roger-Gérard Schwartzenberg, « Pour que l'enquête soit exemplaire », *Le Monde*, 16 juin 1973.

et les risques d'abus, il n'est pas sûr que le Parlement veuille toujours en accepter toutes les conséquences en termes d'assujettissement aux règles de sécurité. L'exemple américain sur ce sujet est donc à méditer, mais il n'est sans doute pas transposable tel quel [108].

Pour autant, l'accès aux informations classifiées et la possibilité – de ce fait – de contrôler les activités des services spécialisés a souvent été une revendication parlementaire, tant au niveau national que dans un cadre multinational comme à l'Assemblée parlementaire de l'UEO [109]. En France, en particulier, les remous de l'affaire *Greenpeace* amenèrent au dépôt de plusieurs propositions de loi.

Un groupe de sénateurs communistes déposa ainsi le 10 septembre 1985 une proposition de loi visant à créer une *« délégation parlementaire permanente chargée du contrôle des activités des services secrets »* [110]. Elle proposait de créer une délégation parlementaire regroupant des membres des deux Assemblées (sur le modèle de la délégation aux communautés européennes et de l'office d'évaluation des choix technologiques) *« chargée de veiller à ce que les activités des services secrets soient conformes aux exigences de sécurité et d'indépendance de la France, aux règles de droit interne et international, aux principes de souveraineté des peuples et des droits de l'homme »*. Les membres de cette délégation – qui aurait pu auditionner les ministres et les responsables des services concernés – auraient été habilités au secret-défense et tenus au respect de ce secret.

Le sénateur Jacques Thyraud (qui est également avocat et fut longtemps membre de la CNIL) avait également déposé, dans le même contexte, une proposition de loi visant à limiter les abus d'utilisation du *secret-défense* [111]. Sa proposition était notamment justifiée par le fait que le Parlement n'avait pu intervenir efficacement dans les affaires mettant en cause le secret de défense, comme – par exemple – lors de l'affaire *Rainbow Warrior* (ce fut notamment le cas lorsque le sénateur André Fosset, rapporteur de la commission des finances se vit interdire l'accès aux documents budgétaires relatifs au financement de l'attentat contre le *Rainbow Warrior* [112]).

À ces propositions, le Premier ministre d'alors se contenta de donner *« instruction au ministre de la Défense et au ministre de l'Intérieur d'adresser désormais aux présidents de la commission de la Défense de nos deux Assemblées parlementaires un compte-rendu annuel détaillé des activités*

---

[108] L'une des conséquences de la possibilité d'accès aux secrets offerte à certains parlementaires américains, c'est également la nécessité de surveiller cet accès et de déjouer le cas échéant une tentative d'espionnage par ce biais (sur une inculpation en la matière, cf. « Messenger With Access to US House Secrets Is Charged as Spy », *International Herald Tribune*, 23 décembre 1985).

[109] Cf. notamment, Assemblée de l'Union de l'Europe occidentale, *Recommandation n° 197 sur le secret militaire et l'information des parlements*, adoptée le 3 juin 1970 (reproduite en annexe III du rapport de l'Assemblée de l'Union de l'Europe occidentale, *Les parlements et les achats militaires*, 25e session ordinaire, document n° 807, 22 mai 1979, p. 27).

[110] Proposition de loi modifiant l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des Assemblées parlementaires et portant création d'une délégation parlementaire permanente chargée du contrôle des activités des services secrets, *Sénat*, document n° 483, 4e session extraordinaire de 1984-1985.

[111] Proposition de loi tendant à remédier à l'usage abusif du secret-défense, *Sénat*, document n° 32, 1re session ordinaire 1985/1986, séance du 15 octobre 1985.

[112] Cf. *Le Figaro*, 28-29 septembre 1985; *Le Monde*, 2 octobre 1985.

des services de renseignement placés sous leur responsabilité », sans même que cette promesse, très modeste, ne soit finalement respectée.

Vers la création de délégations parlementaires sur le renseignement

Il fallut attendre les retombées d'un autre scandale marquant, celui des écoutes de l'Élysée (cf. *supra*) pour qu'une véritable initiative parlementaire soutenue par le gouvernement de M. Jospin, ne voit le jour. En 1998 fut déposée une proposition de loi signée conjointement par M. Paul Quilès, ancien ministre de la Défense et président de la commission de la défense à l'Assemblée nationale et plusieurs autres parlementaires de la majorité et de l'opposition. Sur la base de cette première proposition, fut confié à Arthur Paecht, député du Var et vice-président de la commission, le soin de rédiger un rapport très argumenté sur les raisons et les modalités de l'instauration d'un prochain contrôle parlementaire sur le renseignement [113].

Ce rapport Paecht se prononce sans aucune ambiguïté en faveur de l'instauration d'un contrôle parlementaire des services, au motif que cette initiative *« favoriserait l'acquisition de cette culture du renseignement parmi les responsables politiques. (...) Il s'agit en réalité d'enclencher un cercle vertueux, la mise en place d'un contrôle conduisant petit à petit à l'émergence d'une véritable culture du renseignement, qui, elle-même, viendra nourrir la réflexion des parlementaires et la pertinence de leur contrôle ».*

Ce rapport et la proposition de loi amendée qui y est jointe, proposent que cette tâche soit prise en charge par deux délégations parlementaires autonomes respectivement créées au sein de chacune des deux Chambres. Ces délégations auraient comme mission de *« suivre les activités des services visés à l'article 13 de l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense, en examinant leur organisation et leurs missions générales, leurs compétences et leurs moyens, afin d'assurer, dans les conditions prévues au présent article, l'information de leur Assemblée respective ».*

Les membres de ces délégations seraient, d'une part les présidents des commissions respectivement compétentes pour les questions de défense, de politique extérieure et les lois, ainsi que, d'autre part, un membre de chaque groupe parlementaire désigné sur proposition du président de groupe concerné. Leur nomination ne serait pas subordonnée à une quelconque habilitation (considérée comme susceptible de constituer un empiétement de l'exécutif sur le législatif) mais donnerait lieu à une prestation de serment, par laquelle il jurerait en particulier de *« garder le secret des délibérations ».*

S'agissant de cette délicate question de la confidentialité et de la préservation du secret, la proposition de loi adoptée par la commission de la défense à l'appui du rapport Paecht prévoit, en effet, que les

---

[113] Assemblée nationale, onzième législature, *Rapport fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées sur la proposition de loi (n° 1497) de M. Paul Quilès et plusieurs de ses collègues tendant à la création d'une délégation parlementaire pour les affaires de renseignement*, 23 novembre 1999, document n° 1951.

membres des délégations seront *« autorisés ès qualités à connaître d'informations classifiées dans le cadre de leur mandat »* et qu'ils sont soumis dans le cadre de cette activité aux dispositions des articles 413-9 nCP et suivants (sanctionnant les violations du secret de défense) ainsi que de l'article 226-13 (violation du secret professionnel).

Cette formule de l'habilitation ès qualité, symboliquement renforcée par un serment et juridiquement sanctionnée par l'application des dispositions de droit commun du Code pénal, paraît un compromis acceptable entre les exigences politiques des uns et les impératifs de sécurité des autres. Mais la formulation choisie ne lève pas toutes les ambiguïtés. S'il est acquis en effet que les membres pourront recevoir les informations classifiées que voudront leur communiquer les responsables des services, il ne faut sans doute pas en conclure qu'ils auront tout pouvoir pour se faire remettre les informations sensibles qu'ils souhaiteraient consulter.

En effet, le texte proposé ne comporte pas de dispositions obligeant les services à répondre aux investigations des parlementaires ou leur donnant pouvoir d'investiguer. Tout au plus, est-il prévu que les délégations pourront entendre les ministres de tutelle, les directeurs des services ou *« tout autre personne placée sous leur autorité ou déléguée par eux »* ainsi que *« toute personne susceptible de les éclairer et ne relevant pas de ces services. »* Mais ceux-ci garderont sans doute la possibilité de sélectionner les informations qu'ils souhaiteront communiquer, sans que les membres des délégations puissent leur imposer réellement une obligation de communication, en particulier des informations classifiées.

Si donc ce contrôle parlementaire se met en place, cela constituera un événement significatif et symbolique en ce qu'il établira une obligation d'information et un devoir de contrôle dans les affaires de renseignement et de contre-espionnage. Pour autant, ce contrôle parlementaire qui, par nature, ne concernera jamais le contenu précis des activités des services et de leurs opérations, ne pourra remplacer les autres instruments de contrôle et de coordination qu'il convient de développer et d'encadrer juridiquement.